جامعة باتنة (1)

كلية العلوم الإسلامية **قسم الشريعة**



لطلبة ماستر2 - تخصص: فقه وأصول

جمع وإعداد:

الأستاذ الدكتور

مسعود بن موسى فلوسي

أستاذ الفقه والأصول ورئيس المجلس العلمي للكلية

السنة الجامعية: 1438-1439هـ/ 2017-2018م



مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية(*)

أصل كلمة "نظرية" ومعانيها في العلوم المختلفة:

1- كلمة «نظرية» ترجمة عربية للكلمة الإنجليزية «Theory» والفرنسية «Theorie» واشتقاقهما من الكلمة اللاتينية «Theoreme» .

ولهذه الكلمة عدة معان تختلف باختلاف الموضوعات التي تتناولها:

فهي في الاصطلاح العام: قواعد ومبادئ تُستخدمُ لوصفِ شيء ما، سواء أكان علمياً، أم فلسفياً، أم أدبياً. وقد تثبتُ هذه النظرية حقيقة معيّنة، أو تساهمُ في بناءِ فكر جديد.

وهي عند الفلاسفة: «تركيب عقلي مؤلف من تصورات متسقة، تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ».

وعند المشتغلين بالعلوم التجريبية البحتة: «القانون العلمي العام الذي هو نتيجة مباشرة للفروض العلمية».

2- وقد نبهت المعاجم العربية المعاصرة إلى أن لفظ النظرية من المولَّد، وأن معناه «قضية تثبت بالبرهان»، أو أنه «جملة من التصورات المؤلفة تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات».

ولهذا لا يكون من المفيد أو الملائم أن نبحث عن أصل الكلمة أو جذورها في المعاجم القديمة، ولا أن نحلل صياغتها كمصدر صناعي من الفعل الثلاثي «نظر»، لنصل بذلك إلى معنى عربي لكلمة «نظرية» كما أوردته كتب الفلسفة والمنطق؛ ذلك أن كثيراً من الفقهاء المعاصرين قد استعملوا مصطلح «النظرية» محاكاة لما سار عليه رجال القانون، وتقريباً لأحكام الفقه الكلية من النظريات القانونية التي درجت عليها الدراسة في كليات الحقوق، فحاولوا صياغة تعريف لها يضبط حدودها ومضمونها.

تعريف النظرية الفقهية عند الفقهاء المسلمين المعاصرين:

لم يهتم بعض من ألفوا في النظريات الفقهية بتقديم تعريف لها، وإنما اكتفوا بعرضها باعتبارها معروفة ولا تحتاج إلى تعريف، في حين اجتهد عدد من أساتذة الفقه المعاصرين وقدموا لمصطلح «النظرية الفقهية» تعريفات كثيرة متعددة لا يخلو أكثرها من النقد، ولا مجال لإيرادها كلها في هذا المقام.

(*)- أكثر مادة هذا المدخل مستمدة من كتاب (الصياغة الفقهية في العصر الحديث: دراسة تأصيلية)، للدكتور هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي، دار التدمرية، الرياض، ط1، 1433هـ، 2012م، الصفحات: 495 – 637. مع بعض الإضافات القليلة من مراجع أخرى.

فأغلب هذه التعريفات تؤكد على الجانب الحقوقي في النظرية الفقهية، مما يدل بوضوح على المصدر الذي استفيد منه هذا المصطلح وهو القوانين الغربية، مع أن النص على هذا القيد غير لازم، فالنظرية الفقهية غير محصورة في الجوانب الحقوقية، فيمكن تناول نظرية فقهية في باب العبادات أو غيرها من أبواب الفقه الإسلامي.

كما أن من استعراض هذه التعاريف وتحليلها والجمع بينها، يبدو واضحاً أن واضعيها لا يريدون تقديم تعريف تتوافر فيه خصائص التعريف العلمي، وإنما يهدفون إلى بيان خصائص النظرية الفقهية وإيضاح صورتها، وكأنهم يضعون ضوابط علمية لمن يروم بحث موضوع فقهي في إطار نظرية فقهية.

ولذلك حاول بعض الباحثين صياغة تعريف أكثر دقة للنظرية الفقهية وأقرب إلى إبراز المراد بها مما تتميز به عن النظريات الحقوقية الغربية.

حيث يقدم الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي تعريفاً تحليلياً يبين خصائص ومقومات النظرية الفقهية على النحو التالي:

(النظرية الفقهية: دراسة شاملة في إطار كلي لموضوع فقهي معين، تتسم بالتجريد والعموم، قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية، مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبثوثة في كتب المذاهب، تجمعها وحدة موضوعية متجانسة).

شرح هذا التعريف:

ويشرح هذا التعريف، فيقول:

أ- "دراسة شاملة في إطار كلي": وذلك تجنباً للمصطلحات التي أثارت العديد من التساؤلات، من مثل الدساتير والقضايا والتصور والمفهوم والقواعد والأنظمة...وغير ذلك؛ فالنظرية الفقهية نوع من التأليف المتكامل الذي يحيط بموضوع الدراسة من جميع جوانبه، ولا يتعرض – بالاستطراد – لما هو خارج عن هذا الموضوع.

ب- "الموضوع فقهي معين": ينبغي أن ينحصر محل النظرية في موضوع محدد تناولته المدونات الفقهية صراحة أو ضمناً، أو عرضت له بإشارة عابرة، أو كان من الممكن التوصل إليه بأدوات الاجتهاد الفقهي، من نحو الاستنباط والتخريج والقياس.

ج- "تتسم بالتجريد والعموم": فلا تتعلق بشخص معين بذاته أو بحالة معينة بذاتها، وإنما يكون تناولها للأشخاص بحسب صفاتهم، وللوقائع بحسب وجودها. وكون النظرية عامة ومجردة يجعلها قابلة لتطبيقات غير متناهية.

د- "قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية": حيث تبدأ دراسة موضوع النظرية بتحديد ماهيته، وتقرير مشروعيته، وبيان ثمرته، ثم يتطرق البحث إلى استعراض أركانه وشروطه، واستقراء القواعد والضوابط والمقاصد والأحكام الفرعية التي تحكمه، وصولاً إلى نتيجة البحث وما خلص إليه.

هـ- "مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبثوثة في مدونات الفقه": ولا يقوم بإتقان ذلك إلا عالم آتاه الله نعمة الفقه، فأحاط بمظان تواجد الأحكام – في مواضعها وفي غير مواضعها -، وسبر أغوار اللسان العربي ودلالات الألفاظ، وتكونت لديه ملكة تهديه إلى حِكَم التشريع وعلل الأحكام ومقاصد التكليف واختلاف الفقهاء.

و- "تجمعها وحدة موضوعية متجانسة": فالنظرية الفقهية درس تجريدي لموضوع فقهي محدد متكامل العناصر، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه، ويؤلف بينها في بناء مترابط منسجم يحقق العلاقة الوثيقة بين مكوناته المترامية الأطراف.

الفروق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية:

يمكن تعريف القاعدة الفقهية بأنها "حكم شرعي عملي أغلبي تندرج تحته أحكام جزئيات موضوعه". فالقاعدة الفقهية حكم فقهي عملي، إلا أنه أغلبي أي ينطبق على جزئيات كثيرة تدخل تحت معنى هذا الحكم، مثل قاعدة "الأمور بمقاصدها"، وقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وغيرها من القواعد الفقهية المعروفة.

ويمكن التمييز بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية، من خلال ملاحظة الفروق التالية بينهما:

1- القاعدة الفقهية تتضمن في ذاتها حكما أغلبيا ينطبق على معظم الفروع الجزئية التي تدخل تحت معنى القاعدة.أما النظرية الفقهية فهي عنوان للمادة الفقهية المندرجة تحتها، ولا تتضمن حكما فقهيا في ذاتها.

2- القاعدة الفقهية حكم شرعي عملي مستنبط بالأدلة الشرعية، أما النظرية الفقهية فهي استنتاج نخرج به من دراسة عدد كبير من الجزئيات وملاحظة الروابط بينها.

3- النظرية الفقهية تقوم على تقسيمات وأنواع، وعلى أركان وعلى شروط لابد منها لقيام هذه الأركان، بخلاف القاعدة الفقهية التي هي عبارة عن حكم واحد.

4- القاعدة الفقهية مُصاغة في عبارة موجزة مختصرة، بخلاف النظرية الفقهية التي هي عبارة عن بحث مُطوَّل يتكون من عدة مباحث يشمل كل منها عدة مسائل.

5- القاعدة الفقهية سابقة على النظرية الفقهية في الدراسة والتدوين؛ فالقواعد الفقهية عرفها الفقهاء ودرسوها من قديم، أما النظريات الفقهية فلم تظهر ولم يشتغل العلماء والباحثون بدراستها إلا في العصر الحديث.

6- النظرية الفقهية أكثر اتساعا وشمولا من القاعدة الفقهية، لأن النظرية قد يندرج تحتها عدد كبير من القواعد الكلية والضوابط الفقهية ذات الصلة بموضوع النظرية. لكن قد تكون القاعدة الفقهية أعم من النظرية الفقهية من وجه آخر؛ وهو أن تكون القاعدة الفقهية ذات صلة بعدة نظريات فقهية، كقاعدة

"الأمور بمقاصدها"، فهي تتصل بعدة نظريات، كنظرية العقد ونظرية الملكية، ونظرية المؤيدات الشرعية، وغيرها. فتكون العلاقة بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية علاقة عموم وخصوص وجهي.

7- النظرية الفقهية ذات وحدة موضوعية حقيقية؛ فهي بناء فقهي محكم شامل، لكل مسألة فيه حكمُها الخاص، سواء كان هذا الحكم قيدا أو استثناء أو حكما مؤقتا أو غير ذلك، فلكل من هؤلاء موقعه الخاص في البناء الكلي للنظرية بحيث لا تتعارض أحكامها فيما بينها. أما القاعدة الفقهية فإن وحدتها ظاهرية فحسب، من حيث إن الفروع المندرجة تحتها لا يجمع بينها غيرُ كونها تطبيقات من موضوعات شتى لقاعدة واحدة.

موقع النظريات الفقهية بين علوم الفقه الإسلامي:

مما هو معلوم أن الفصل بين العلوم المترابطة في الحقل العلمي الواحد حاجة تفرضها دواعي الدرس وظروف التعليم والتعلم، ومع ذلك فإنه لا يمكن وضع حدود نهائية بين علمين يشتركان في المصدر والنشأة والغاية. والعلوم الفقهية تتجلى فيها هذه الحقيقة بصورة واضحة، فلم تزل علوم الفقه تفترق لتجتمع وتجتمع لتفترق، حيث إنه لما كثرت المسائل والفتاوى نشأ علم أصول الفقه ليبين مآخذها، ولما كثرت الفروع المستنبطة وفقا لتلك الأصول نشأ علم القواعد الفقهية لضبط أشتات الفروع وضم أشباهها، ولما كثر التخريج على القواعد قام علم المقاصد لضبط الغايات التي ترمي إليها أحكام الشريعة، ولما خاض الناس في مقاصد الأحكام على التفصيل جاءت النظريات الفقهية لتقدم رؤية إجمالية لموضوعات الفقه.

من هنا يتبين أن للنظريات الفقهية موقعا هاما ضمن سائر العلوم الفقهية، ويتجلى هذا الموقع من خلال المحددين التاليين:

1- النظرية الفقهية في طبيعتها وصف واستكشاف ونظر مجمل للموضوع الفقهي وللقواعد التي يرتكز عليها، واستخلاص للضوابط التي تضبط جريان الأفعال ودورانها على أحكامها التكليفية، وبالتالي فهي رؤية كاشفة لطبيعة الموضوع الفقهي وحدوده والأصول التي تحكمه والقواعد التي تضبطه، وهي دراسة لآثاره التطبيقية على الأفعال والتصرفات.

2- لما كانت فكرة النظريات الفقهية قائمة على أساس الدراسة الموضوعية، فإن من لازم ذلك أن تسلك هذه الدراسة سبيل الرقي المطرد إلى الاعتناء بالقواعد والكليات والأمور الجامعة، ومع أن من النظريات الفقهية ما هو محدود المجال، إلا أن السمة البارزة للنظرية الفقهية أننا نستطيع تشبيهها بأعلى الهرم بينما تشكل الجزئيات والفروع قاعدته وأساسه. ولذا فالنظرية أشبه بالتلخيص المحكم للأسس والمبادئ التي يدور عليها موضوعها والذي هو مستخلص من مجمل أحكامها بحيث ينضبط وصفها من خلاله. وكمثال لذلك؛ نظرية العقد، التي تشكل تفسيرا شاملا للعقد وأحكامه في الفقه بصورة أرقى وأشمل مما تفعله الموضوعات المتفرقة أو القواعد والضوابط المختلفة، بل هي مستخلصة من مجموع ذلك.

تقسيم النظريات الفقهية:

قُسمت النظريات الفقهية عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، كما يلي:

أ ـ تقسيمها باعتبار موضوعها:

وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

1- نظريات ذات صبغة أصولية: والمراد بها النظريات التي تتناول موضوعات من علم أصول الفقه، مثل: نظرية المصلحة، نظرية الإباحة، نظرية العرف، نظرية السبب، نظرية الشرط، وغيرها، وقد كثرت كتابات المعاصرين في هذه النظريات.

ومن المؤلفات في هذا النوع من النظريات:

- نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، للدكتور حسين حامد حسان.
- نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، للدكتور محمد سلام مدكور.
- نظرية العرف، للدكتور عبد العزيز الخياط.
- نظرية السبب عند الأصوليين، للدكتور عبد العزيز الربيعة.
- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، للدكتور محمد الروقي.
- نظرية التقعيد الأصولي، للدكتور أيمن البدارين.

وهذه النظريات على الرغم من أنها ذات موضوعات أصولية إلا أن التواصل والتداخل بين النظريات الفقهية والنظريات الأصولية قائم، فالنظريات الأصولية تندرج تحتها موضوعات وأحكام فقهية، والنظريات الفقهية تندرج تحتها قواعد وموضوعات أصولية، لأنه لا انفكاك بين التنظير والتطبيق.هذا إضافة إلى أن هناك نظريات هي فقهية وأصولية في آن واحد، مثل نظرية المقاصد، ونظرية مراعاة المآلات، ونظرية الاعتبار، ونظرية التقريب والتغليب.

وهذه النظريات وما شاكلها جديرة بأن توصف بأنها (نظريات فقهية)، لأنها تكشف عن الجوانب التي سار عليها الفقهاء في الفهم والاجتهاد والاستنباط، وتبين العلاقات الفقهية التي تنتج عنها الأحكام والفتاوى، فهي أشبه بالبنى التحتية التي يقوم عليها علم الفقه ويُشاد عليها صرحه.

2- نظريات ذات صبغة فقهية بحتة: والمراد بها النظريات التي تتناول موضوعات فقهية بحتة، وهذا النوع هو المقصود عند إطلاق مصطلح النظريات الفقهية، لأنها أسبق في الوجود من الأولى وألصق باللفظ منها. وهناك الكثير من الدراسات الحديثة والمعاصرة في هذا النوع من النظريات.

ومن المؤلفات التي كتبت فيها:

- الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة.

- نظرية الحق، للدكتور أحمد فهمي أبو سنة.

- نظرية الدعوى، للدكتور محمد نعيم ياسين.

- الوجيز في نظرية الالتزام العامة، للشيخ مصطفى الزرقا.

- نظرية الضمان، للدكتور محمد فوزي فيض الله.

- نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، للدكتور أحمد فتحي بهنسي.

- النظريات الفقهية، للدكتور محمد فتحي الدريني.

ب ـ تقسيمها باعتبار منشأ موضوعها:

وتنقسم بهذا الاعتبار أيضا إلى قسمين:

1- نظريات ذات منشأ قانوني: وهي النظريات التي يكون موضوعها مستفادا من التقسيم والتفريع والترتيب القانوني، وغالبا ما يرتبط ذلك بعقد الموازنات بين الشريعة والقانون في موضوع النظرية. ومن أمثلة هذا النوع: نظرية العقد، نظرية التعسف في استعمال الحق، نظرية الشخصية الاعتبارية، نظرية الالتزامات.

ومن المؤلفات في هذا النوع:

- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور عبد المنعم فرج الصدة.

- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الغربي والقانون، للدكتور عبد المقصود شلتوت.

- نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور أحمد محمود الخولي.

- نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور أحمد محمود الخولي.

- نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، للدكتور فاضل شاكر النعيمي.

2- نظريات ذات منشأ فقهي: وهي النظريات التي تدرس موضوعات معهودة في الفقه الإسلامي وتناولها الفقهاء بالبحث والاجتهاد، ولو كان ذلك باختلاف في الترتيب، سواء كان لهذه الموضوعات مقابل في القانون أم لا. ومن نماذج هذه النظريات: نظرية الضمان، نظرية الضرورة الشرعية، نظرية الولاية، نظرية الغرر، وغيرها.

ومن المؤلفات في هذا النوع:

- نظرية الضمان، للدكتور وهبة الزحيلي.
- نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، للدكتور نزيه حماد.
- نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية، للدكتور ياسين درادكة.

ج ـ تقسيمها باعتبار العموم والخصوص:

وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين كذلك:

1- نظريات فقهية عامة: وهي التي يكون موضوعها عاما على وجه يشكل تفسيرا لطائفة كثيرة من الأبواب والمسائل الفقهية، ويمثل بحثا تنظيريا لها، كما في نظرية الحق، أو نظرية العقد، أو نظرية الحكم القضائي، أو في النظريات التي تتناول الجوانب السياسية أو الاقتصادية في الإسلام بوجه عام.

ومما كتب في هذا النوع من النظريات:

- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الرزاق السنهوري.
- النظريات السياسية الإسلامية، للدكتور محمد ضياء الدين الريس.
- نظرية الإسلام في الاقتصاد، للدكتور عبد الحميد أبو سليمان.

2- نظريات فقهية خاصة: وهي التي يكون موضوعها خاصا بقضية جزئية في باب فقهي محصور، ومن أمثلة هذا النوع: نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته، نظرية خيار الشرط، نظرية الضمان الشخصي، وغيرها.

ومما كتب فيها:

- نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته وحظها من الاعتبار في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع.
- النظريات الفقهية في تطهير النجاسات، للدكتور إبراهيم فاضل الدبو.
- نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، للدكتور فتح الله أكثم تفاحة.
- نظرية الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي، للباحث داود نعيم داود رداد.
- نظرية خيار الشرط في الفقه الإسلامي، للباحث نجيب الله كمالي محمد.
- نظرية الضمان الشخصي، للدكتور محمود بن إبراهيم الموسى.

خصائص النظرية الفقهية:

من الملاحظ أن الدراسات التي تناولت النظريات الفقهية، تحرص على أن تتوفر في تلك النظريات مجموعة من الخصائص أو المواصفات، وهي:

1- الاستيفاء: أي أن تحيط النظرية بجميع عناصر الموضوع الذي تتعلق به، من تعريف وتقسيمات وأركان وأسباب وشروط وقواعد كلية وفروع جزئية، وذلك يحصل بالاستقراء الذي يحيط بالجزئيات ليُستنبَطَ منها موضوع كلي.

وجزئيات النظرية تشمل النصوص الشرعية، والتصرفات النبوية، وآثار الصحابة والتابعين، والمسائل المنقولة عن الأئمة، وسائر الفروع والفتاوى والقواعد الفقهية، والمصطلحات الفقهية والأصولية، وكل ما من شأنه أن يسهم في بناء نظرية فقهية.

وبمثل هذا الاستقراء الشامل للجزئيات، يُستخرج المضمون الموضوعي للنظرية الذي يتضمن التعريف بمفهومها، وذكر أركانها وما يتعلق بها من شروط، بالإضافة إلى آثار هذه النظرية التي تتمثل في تطبيقاتها والأحكام التي تُبنى عليها.

2- الانتظام: والمقصود أن استقراء المعاني الكلية في موضوع محدد غير كاف ما لم يكن ثمَّ تعاضد وتوافق بين أجزاء النظرية، وهذا الانتظام هو نتيجة حتمية للاستقراء الصحيح.

فلابد أن ينتظم بناء النظرية وينسجم انسجاما تاما، بحيث لا تبدو مجرد جزئيات ملفقة لا تنتظمها قواعد وكليات محررة. ومثل ذلك يحصل عندما يُبتغى بالنظرية الفقهية أن تنسج على منوال النظريات القانونية الغربية في تصنيفاتها ومفاهيمها وأحكامها، وأن يُنتزع من الفروع الفقهية ما يوافقها ولو كان قولا شاذا غير معتبر، تصنعا لإظهار موافقة الشريعة للقانون، وذلك ما سلكته بعض الدراسات الفقهية في بداية الانفتاح على القوانين الغربية، وتنبه له بعض العلماء المتخصصين ونبهوا إليه وحذروا منه مبكرا.

3- الموازنة: حيث ارتبطت النظريات الفقهية منذ نشأة البحث فيها ارتباطا واضحا بإجراء الموازنة بينها وبين ما يقابلها من النظريات القانونية الغربية. ومع أن هذه الموازنة ليست من صميم البناء الموضوعي للنظرية الفقهية، إلا أنها أصبحت سمة بارزة للمؤلفات التي ألفت في النظريات الفقهية، خاصة منها تلك التي تناولت موضوعات لها ما يقابلها في القوانين الوضعية.

المنهج العام في دراسة النظريات الفقهية والتأليف فيها:

عند تتبع الكتابات المعاصرة في النظريات الفقهية، يتبين أن هناك قواسم مشتركة ملحوظة في عامة المؤلفات في منهج دراسة النظريات الفقهية، وتتمثل هذه القواسم المشتركة في الخطوات المنهجية التالية:

1- تحرير المصطلح الفقهي الذي يمثل عنوان النظرية، وتوضيح الفروق بينه وبين الاصطلاحات الفقهية التي تقاربه أو تمت له بصلة، وكذا بيان ما يقابله من الاصطلاحات القانونية والعلاقة بينه وبينها.

2- العناية بالتقسيم الكلي وترتيب المادة العلمية وتنظيمها، وإن اختلفت درجة التنظيم من دراسة إلى أخرى، وتبدو الاستفادة من الترتيب القانوني ظاهرة في بعض المواطن.

3- استخراج المعاني والقواعد الجامعة المشتركة في الموضوع الكلي للنظرية، مع مراعاة الفوارق الخاصة لكل موضوع جزئي والإحالة إلى كتب الفروع.

4- الاهتمام بالدراسة المقارنة، سواء بين المذاهب الفقهية، أو بينها وبين القوانين العربية والعالمية.

5- إبراز النظريات التفصيلية الجزئية المتعلقة ببعض جزئيات النظرية الكلية، ففي نظرية العقد مثلا نجد: نظرية مقتضى العقد، نظرية سلطان الإرادة العقدية، نظرية السبب في العقود، نظرية الغبن، نظرية النيابة، نظرية الظروف الطارئة.

أهمية وفوائد دراسة النظريات الفقهية:

تتجلى أهمية دراسة النظريات الفقهية والفوائد المرجوة منها في النقاط التالية:

1- في دراسة النظريات الفقهية تيسير لفهم موضوعاتها، وتقريب لدراستها وتعليمها، وفي ذلك عون على تحصيل ملكة التفقه التي لا تتحصل بمدارسة الأحكام الجزئية إلا بعد عناء طويل.

2- تعين دراسة النظريات الفقهية على إدراك وتحصيل المعاني الجامعة المنبثة في تفاريق كلام الفقهاء وتضاعيف مصنفاتهم، من مقاصد وكليات وأركان وشروط وضوابط في الفهم والتنزيل وقواعد مستقرأة ونحو ذلك، مما ينمي النظر العميق وإدراك الأبعاد المختلفة للنوازل والحادثات، دون جنوح إلى وجهة نظر دون أخرى، أو التفات إلى غاية وإهمال غايات أخرى، أو تحصيل مصلحة بتفويت ما هو أعظم منها. مما يعين على حسن التبصر لوجه الصواب في التوصيف والتكييف والحكم، سواء كان ذلك في الفهم والتصور، أو في الاجتهاد والتنزيل.

3- من شأن النظريات الفقهية تقريب المادة الفقهية وترتيبها على النحو الذي يكون فيه فهم صحيح للأحكام الفقهية لدى الباحثين والدارسين بمختلف تخصصاتهم.

4- في صياغة الموضوعات الفقهية على هيئة النظريات ضم للمسائل الكثيرة المتقاربة والمنثورة في أبواب الفقه المختلفة وإرجاع لها إلى أصل واحد تتفرع عنه بقية الجزئيات والتفصيلات على نحو

يمنع تكرار الأحكام والقواعد والضوابط، وذلك كما تختصرُ نظريةُ العقد ـ مثلا ـ تفصيلَ الأركان والشروط التي تُذكر في كل عقد على حدة.

5- من ثمرات البحث في النظريات الفقهية واستخراجِها وعقدِ الموازنات بينها وبين النظريات القانونية؛ إثباتُ فضل الشريعة وغناها، وأنها مشتملة على منظومة تشريعية شاملة ومتكاملة ذات قاعدة إيمانية وأخلاقية راسخة، وأنها الأحق والأجدر بالحُكم، ليكون ذلك سببا إلى عودة تمكينها وتطبيقها في بلاد المسلمين كافة.

6- في صياغة فقه الشريعة على هيئة النظريات القانونية الحديثة تقريبٌ لأحكام الشرع إلى المؤسسات التشريعية، مما يعود بالفائدة على القضاة ويكون عونا لهم على الفهم والتنزيل.

7- في استخراج النظريات الفقهية وتدوينها تعريف لرجال القانون بفقه الشريعة على النحو الذي يلائم أساليب التفكير القانونية الحديثة، مما يكون له بالغ الأثر في التعريف بفضل الشريعة الإسلامية وشرفها، واستبانة رجال القانون عظمة مبادئها وظهورها على سائر الشرائع والقوانين، وقد كان معظمهم لا يعرفون من الشريعة الإسلامية غير فروعها الجزئية واختلافات الفقهاء فيها، مع جهل أكثرهم بالأصول والكليات والمقاصد التي تحكمها.

متى بدأ البحث والتأليف في النظريات الفقهية؟

(النظرية الفقهية) مصطلح جديد لم يعرفه فقهاؤنا السابقون، وقد بدأ استخدامه في الدراسات الفقهية المعاصرة بعد انفتاح العلماء والدارسين المسلمين على القوانين الغربية واحتكاكهم برجال القانون في الغرب عن طريق الابتعاث أو الهجرة أو المؤتمرات أو تدريس أولئك في كليات الحقوق والقانون بالجامعات العربية أو غير ذلك من وسائل الالتقاء.

كما كان للغزو الاستعماري الأوروبي وما صاحبه من غزو تشريعي كبير اجتاح البلاد الإسلامية وأدى إلى تنحية الشريعة الإسلامية عن الحكم في بلاد المسلمين، دور كبير في توجه فقهاء المسلمين إلى مناهضة القوانين الاستعمارية بشتى سبل المقاومة، ومنها المقارنة بين القوانين الوافدة وبين أحكام الشريعة الإسلامية لإثبات فضل الشريعة وأحقيتها بالتطبيق، وكان من الوسائل المجدية في ذلك أن يقوم أولئك الفقهاء باستخراج ما يقابل النظريات القانونية الغربية من الفقه الإسلامي، لتتم المقارنة والموازنة عن علم ووعي، وذلك في سياق مشروع عملي شامل يصاحب الدعوة النظرية لتطبيق الشريعة وإثبات فضلها.

وقد اتجهت طائفة من الفقهاء المسلمين المحدَثين إلى الكتابة في النظريات الفقهية بقصد البرهنة على ثراء الفقه الإسلامي وغناه وحيويته، إقامة للحجة وردا على المناوئين للشريعة والمعادين لمرجعيتها ممن يتنقص منها ويغض من شأنها، ويزعم أنها غير صالحة لاستمداد التشريعات المعاصرة منها.ولذلك جاءت النظريات الفقهية التي ظهرت في مجملها لصيقة بالمجال القانوني الحقوقي.

كما كان من الدوافع لتوجه الباحثين في الفقه الإسلامي إلى التأليف وفق هذا الأسلوب الجديد؛ الحرص على تيسير المادة الفقهية وتقريبها للمتخصصين وغيرهم باستخراج النظريات الفقهية وبنائها بناء قائما على الترتيب الموضوعي، بعد أن عانى كثير من الباحثين في جمع المادة الفقهية المتعلقة بموضوعاتهم من كتب الفقه والتي لا ترد فيها مجتمعة وإنما مفرقة ومشتتة في أبواب فقهية مختلفة.

لماذا تأخر الاهتمام بالنظريات الفقهية حتى العصر الحديث؟

هذا، وقد يُطرح التساؤل حول سبب تأخر الكتابة في النظريات في الفقه الإسلامي إلى العصر الحديث وعدم التفات الفقهاء السابقين إلى هذا النمط من البحث والدرس الفقهي، في حين أن علماء القانون الأوروبيين سبقوا إلى الكتابة في النظريات وإرساء قواعدها في وقت مبكر.

في الإجابة عن هذا التساؤل نجد اتجاهين أساسين في تفسير هذا التأخر:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن الحاجة إلى هذه النظريات لم تكن ملحة، باعتبار أن الفقه الإسلامي نشأ نشأة واقعية تطبيقية بحيث يجيب عن مسائل الناس ونوازلهم التي هم بحاجة إليها، فيجتهد الفقهاء في فهم النصوص وتنزيلها وتحقيق مناطاتها والقياس عليها. وكان هذا المستوى من الاجتهاد آخذا بالنمو المطرد من الجزئيات إلى الكليات مع الزمن حسب الحاجة التي تمليها دواعي الوقت على فقهاء الزمان، وتبعا لذلك فقد تواترت العلوم الفقهية بالظهور، من أصول وقواعد ومقاصد. ثم لما جرى الاحتكاك الكبير بين الفقه والقوانين الوضعية في العصر الحديث نهض الفقهاء لبيان النظريات الكبرى التي تحكم الموضوعات الفقهية لأجل أن تأخذ النوازلُ الكبرى التي اسْتَجَدَّتْ في الأزمنة المتأخرة مكانَها من البناء الفقهي، ولأجل أن يستبين الفقهاء أحكام ما يناظرها من النظريات القانونية الوضعية.

وهذه النشأة للفقه الإسلامي تختلف عن نشأة القوانين الوضعية التي تفتقر ابتداء إلى مرجعية تُبنى عليها، مما يدعو إلى البحث الدؤوب من خلال استقراء الأحكام والتشريعات عن أصول ومعاقد تكون أساسا لما يُبنى عليها، ومن هنا كانت الحاجة إلى النظريات موازية لتقنين الأحكام الوضعية.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن ثمت عوائق حالت دون تدوين النظريات العامة للفقه الإسلامي في وقت مبكر، ومن ذلك انغلاق باب الاجتهاد في مرحلة معينة من تاريخنا الإسلامي وما أدى إليه ذلك من الاكتفاء باجتهادات الأوائل دون تطوير منهجي لآليات الاستنباط ومخرجاتها، وما زامن تلك الأحداث العلمية من أحداث سياسية وعسكرية أدت إلى الضعف العام الذي سرى في الأمة من جراء الهجمات المتوالية من قبل التتار والصليبيين وما قاموا به في بغداد ودمشق وغيرهما من إتلاف للكتب وحرق للمكتبات، مما أفرز حالة علمية جديدة تمثلت في الحرص على حفظ العلم ونقله وجمعه خوفا عليه من الضياع، والانشغال بذلك عن الإبداع والتطوير.

والواقع أنه مهما قيل في سبب تأخر التأليف في النظريات في الفقه الإسلامي، فإن مما ينبغي أن يكون متقررا أنه ما دام الهدف النهائي للنظرية هو إعطاء التفسير العام للجزئيات فإننا لو فحصنا العلوم

الفقهية المختلفة لوجدنا عامَّةً ما يمكن أن يندرج تحت نظرية ما قد سبقت الكتابة في مثله أصولا وفروعا وقواعد ومقاصد وغير ذلك، كما أن الغاية من الجزئيات المتفرقة واضحة جلية؛ لارتباطها بأصول الشريعة وكلياتها التي تضمنت نصوصها، وذلك أمر يعرفه الفقيه ويتخرج به المتفقه، ولذلك فإن من الأمر المألوف أن نجد نظريات مدونة بصورة حديثة ليس فيها سوى ترتيب وتقريب ما دونه الفقهاء المتقدمون. بمعنى أن النظرية كامنة في الفقه ذاته، وإنما تُستخرج بالاستقراء الذي ينزع الفقيه به المعاني الكلية من الفروع الجزئية، والذي يدل على ذلك أن الفقهاء المعاصرين قد استخرجوا النظريات بالفعل، ولو لم تكن كامنة في الفقه ذاته لما اتسقت النظرية، بل لوجدوا فيها اختلافا كثيرا.

تطور التأليف في النظريات الفقهية:

مما لا يُختلف فيه أن الفقهاء المصريين المعاصرين كانوا أول من اشتغل بالتأليف في النظريات الفقهية بصورتها الحديثة والمعاصرة. وربما كان لاستقلال البلاد المصرية المبكر، وظهور فقهاء وقانونيين مصريين كبار في هذه المرحلة احتكوا برجال القانون الغربيين، وتعالي أصوات المصلحين في مصر بالدعوة إلى تطبيق أحكام الشريعة، دور في أسبقية اهتمام المصريين بتطوير الصياغة الفقهية على مستوى النظريات والاستفادة من الأساليب القانونية في ذلك.

ولعل أول من ألف رسالة في النظريات الفقهية؛ كان الأستاذ محمود فتحي الذي كتب سنة 1913م رسالة أعدها بإشراف رجل القانون الفرنسي إدوارد لامبير، وكان عنوانها (نظرية التعسف في استعمال الحقوق في الفقه الإسلامي). كما كتب الشيخ أحمد إبراهيم (ت 1364هـ/ 1945م) مذكرة في الالتزامات وما يتعلق بها، وقد نشرت بعنوان (الالتزامات في الشرع الإسلامي).

ثم شاعت الكتابة بعد ذلك على هذه الطريقة في مؤلفات فقهاء وقانونيين كبار، فكتب الشيخ محمود شلتوت رحمه الله (ت 1383هـ/ 1963م) بحثه (المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية). وكتب الشيخ شوكت العدوي رحمه الله رسالته (نظرية العقد في الفقه الإسلامي) التي نال بها درجة الدكتوراه من الأزهر. وكتب الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله (ت 1394هـ/ 1974م) كتابه في (الملكية ونظرية العقد). وألف الدكتور محمد يوسف موسى رحمه الله (1383هـ/ 1963م) كتابه (الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي). كما ألف الشيخ مصطفى أحمد الزرقا رحمه الله (ت 1420هـ/ 2000م) كتابه الشهير (المدخل الفقهي العام) وضمنه الحديث عن مجموعة من النظريات الفقهية كنظرية الملكية ونظرية العقد ونظرية المؤيدات الشرعية. كما برزت في هذه المرحلة كتابات الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله (ت 1391هـ/ 1971م) ومنها كتابه (مصادر الحق في الفقه الإسلامي). وكتابات الشيخ علي الخفيف رحمه الله (ت 1398هـ/ 1978م). وكتابات الدكتور صبحي محمصاني رحمه الله (ت 1407هـ)، ومنها (النظرية العامة للموجبات والعقود في الفقه الإسلامي).

ثم أصبحت هذه الطريقة في التأليف والكتابة شائعة في البحوث الفقهية، وقد شهدت العقود الثلاثة الأخيرة ظهور عشرات الدراسات ما بين كتب ورسائل جامعية ومقالات أكاديمية تناولت بالدراسة والبحث النظريات الفقهية.

أثر النظريات الفقهية في تطور الفقه الإسلامي:

لقد كان للتوجه إلى البحث والتأليف في النظريات الفقهية والإقبال على هذا النمط الجديد من الكتابة الفقهية من قبل العلماء والباحثين المسلمين، دور كبير في تطور الفقه الإسلامي وازدهار البحث فيه، يتجلى ذلك في النقاط التالية:

1- كان الاهتمام بدراسة النظريات الفقهية واستخراجها؛ سببا أساسا في العودة إلى المطولات الفقهية بالبحث والمكابدة، والمعالجة لأحكامها ومسائلها، واستخراج ما فيها من كنوز فقهية وتشريعية مغمورة، مما أعان على حسن التوصل إلى مرادات الفقهاء المعاصرين منها، مع ما صاحب ذلك من فهرستها وتوالي البرامج الحاسوبية على ترتيبها وتصنيفها.

2- كان للتأليف في النظريات الفقهية دور مهم في تبسيط تدريس الفقه الإسلامي في كليات الشريعة في الجامعات العربية والإسلامية، وذلك أن تمهيد دراسة المدونات المطولة بالنظريات الجامعة مما يقرب تصورها إلى الأذهان ويعين على تيسير فهمها واستيعاب تفاصيلها، ويعرف بالمبادئ الكلية الحاكمة لفروعها دون إغراق في التفصيلات وتضييع للكليات.

3- أسهمت النظريات الفقهية وطرائق التأليف فيها في تطور الدراسات الفقهية الموضوعية المعاصرة، بل يمكن القول إنها من أبرز جوانب النهضة الفقهية الحديثة.

4- أفضت دراسة النظريات الفقهية إلى ربط الصلة بين الدراسات الفقهية والدراسات القانونية، مما أسهم في رفع الوعي القانوني إلى التمكن من فقه أحكام الشريعة والإفادة من المدونات الفقهية، بعد ان كانت الشكوى تطول من صعوبتها ووعورة ألفاظها واصطلاحاتها.

النظرية العامة للفقه الإسلامي(*)

أولا: تعريف الفقه:

الفقه لغة: الفهم العميق الناشئ عن بذل جهد عقلي، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: 122]، وقال على لسان موسى عليه السلام: ﴿وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي، يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾ [طه: 27-28]، وقال عن قوم شعيب: ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ﴾ [هود: 91]. وقال ﷺ: «من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين» [رواه البخاري]، وقال عليه الصلاة والسلام في دعائه لابن عباس: «اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل» [رواه الحاكم في المستدرك].

أما في الاصطلاح فقد عرف الفقهاء علم الفقه بأنه: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية". وشرح هذا التعريف كما يلي:

ـ **العلم:** الإدراك مطلقا، فيتناول اليقين والظن، لأن الأحكام العملية قد ثبت بعضها بأدلة قطعية يقينية، في حين ثبت أغلبها بأدلة ظنية.

ـ **الأحكام**: جمع حكم، وهو مطلوب الشارع الحكيم، أو هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا. والحكم عند الفقهاء؛ هو الأثر المترتب على الخطاب، كإيجاب الصلاة والزكاة، وتحريم الظلم وشرب الخمر.

ـ وتقييد الأحكام بكونها **شرعية**، يخرج الأحكام العقلية؛ كمعرفة أن الكل أكبر من الجزء، والأحكام الحسية؛ كالعلم بأن النار محرقة، والأحكام اللغوية؛ كالعلم بأن الفاعل مرفوع.

ـ **العملية**: قيد آخر يُخرج الأحكام الاعتقادية. والعملية؛ كونها تقتضي عملا، سواء كان من عمل القلب كوجوب النية، أو من عمل اللسان كالقراءة والكلام، أو من عمل الجوارح كالعبادات والجهاد.

ـ **المكتسب**: صفة للعلم، أي المستنبط بالنظر والاجتهاد.

(*) ـ يُنظر:
- المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله.
- المدخل للفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى رحمه الله.
- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه للأستاذ محمد مصطفى شلبي رحمه الله.
- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للدكتورعبد الكريم زيدان رحمه الله.
- الفقه الإسلامي وأدلته، للشيخ الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله، ج1.
- تاريخ الفقه الإسلامي، للدكتور عمر سليمان الأشقر رحمه الله.
- الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، للدكتور يوسف القرضاوي.
- المدخل للفقه الإسلامي، للدكتور حسين حامد حسان..

ـ من **أدلتها التفصيلية**: والدليل التفصيلي هو الجزئي الذي يتعلق بمسألة معينة، كوجوب إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة المكتسب من قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ﴾ [البقرة: 43]، وتحريم أكل مال اليتيم المستنبط من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: 152]، وكتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير المأخوذ من قوله عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ [المائدة: 3]، وتحريم الذهب والحرير على الرجال المستفاد من قوله ﷺ: «أُحِلَّ الذَّهَبُ وَالْحَرِيرُ لِإِنَاثِ أُمَّتِي، وَحُرِّمَ عَلَى ذُكُورِهِمْ» [رواه أحمد والترمذي والنسائي]. ويقابل الأدلة التفصيلية الأدلة الإجمالية، وهي محل نظر علماء أصول الفقه حيث يبحثون في أصول الأدلة، الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغير ذلك.

والفقهاء أو المجتهدون هم الذين يستنبطون الأحكام الشرعية ويستفيدونها من أدلتها، ويبينون للناس كل حكم مقرونا بدليله الذي أخذ منه.

ثانيا: الفقه في مفهوم السلف:

هذا المعنى الاصطلاحي للفقه لم يكن معروفا على عهد رسول الله ﷺ ولا في عهد صحابته وخلفائه الراشدين؛ إذ أن اسم الفقه كان ينصرف عندهم إلى علم الدين بصفة عامة دون غيره من العلوم، فالفقيه عندهم هو العالم بأمور الدين، ففي الحديث الشريف: «نَضَّرَ اللَّهُ امْرَأً سَمِعَ مِنَّا حَدِيثًا فَحَفِظَهُ حَتَّى يُبَلِّغَهُ غَيْرَهُ، فَرُبَّ حَامِلِ فِقْهٍ إِلَى مَنْ هُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ، وَرُبَّ حَامِلِ فِقْهٍ لَيْسَ بِفَقِيهٍ» [أبو داود والترمذي والنسائي]. والتأمل في هذا الحديث يدلنا على أن الفقيه هو صاحب البصيرة في الدين، الذي خلص إلى معاني النصوص، واستطاع أن ينفذ إلى الأحكام والعبر والفوائد التي تحويها.

ونلاحظ استعمال كلمة (الفقه) بهذا المفهوم في عدة أقوال مأثورة عن الصحابة والتابعين، فحينما أراد عمر بن الخطاب أن يخطب في موسم الحج في أمر مهم، قال له عبد الرحمن بن عوف: "إن الموسم يجمع رعاع الناس وغوغاءهم، وإني أرى أن تمهل حتى تقدم المدينة فإنها دار الهجرة والسنة والسلامة وتخلص لأهل الفقه وأشراف الناس وذوي رأيهم" [رواه البخاري]. وفي مسند الإمام أحمد عن الزهري قال: "أخبرني رجل من الأنصار من أهل الفقه".

وقد كانت علامات الفقه في الدين معروفة بمهارة تظهر على صاحبها، حيث دل الرسول عليه الصلاة والسلام على شيء منها في أحاديثه، كقوله ﷺ: «مِنْ فِقْه الرجل رِفقُه في معيشته» [رواه أحمد]، وقوله ﷺ: «مِن فقه الرجل أن يقول لما لا يعلم: الله أعلم» [رواه مسلم].

فالفقه ـ إذن ـ عند أهل الصدر الأول كان فقها شاملا للدين كله؛ أي محيطا بأقسام الشريعة كلها، غير مختص منها بجانب دون آخر. قال صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري رحمه الله: "اسم الفقه في العصر الأول كان مطلقا على علم الآخرة ومعرفة دقائق النفوس والاطلاع على الآخرة وحقارة الدنيا، ولست أقول إن الفقه لم يكن متناولا أولا الفتاوى والأحكام الظاهرة". ثم يضيف: "بعد الصدر الأول

اختص علم الفقه باستنباط الأحكام العملية من الأدلة التفصيلية بطريق العموم والشمول، أو بطريق الاستتباع، فتصرفوا فيه بالتخصيص، لا بالنقل والتحويل".

ثالثا: بين الفقه والشريعة:

تطلق (الشريعة) في لغة العرب على معنيين: حيث تُطلق على مشرعة الماء ومورده وشربه، لذا قيل في المثل: "أهون السقي التشريع". كما تُطلق على الطريقة المستقيمة التي لا اعوجاج فيها، وفي القرآن الكريم: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الجاثية: 18].

أما الشريعة في الاصطلاح الإسلامي فتعني: ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام وجاء به النبي عليه الصلاة والسلام، سواء ما تعلق منها بالاعتقاد أو العمل. قال القرطبي: "إن الشريعة تعني ما شرعه الله لعباده من الدين أي من الأحكام المختلفة".

وتنقسم الشريعة الإسلامية - بهذا المعنى - إلى ثلاثة أقسام رئيسة:

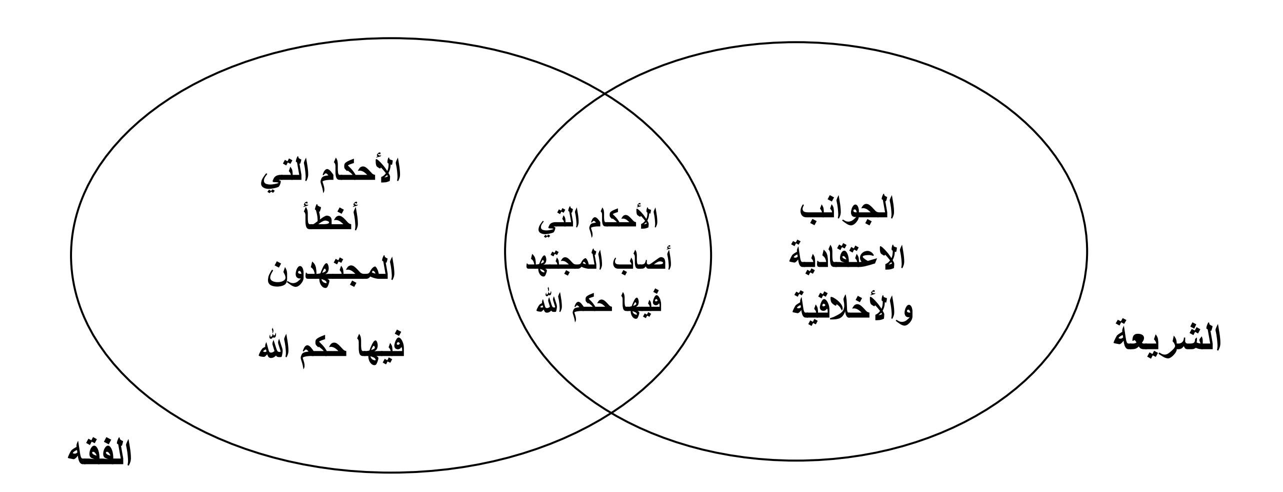
1- ما يتعلق بالعقائد الأساسية؛ كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته، وبالإيمان به وبرسله وكتبه واليوم الآخر وما فيه من حساب وجزاء. وقد تكفل بدراسة هذا النوع من أحكام الشريعة علم العقيدة.

2- ما يتعلق بتهذيب النفوس وإصلاحها؛ كالأحكام المبينة للفضائل التي يجب أن يتحلى بها الإنسان، كالصدق والأمانة والوفاء بالعهد والشجاعة والإيثار والتواضع والإحسان والعفو والصفح، والأحكام المبينة للرذائل التي يتحتم على المرء أن يتخلى عنها كالكذب والخيانة وخلف الوعد والجبن والبخل والأنانية والتكبر والإساءة إلى الغير، وما إلى ذلك مما تكفل ببيانه علم الأخلاق.

3- ما يتعلق ببيان أعمال الناس وتنظيم علاقاتهم بخالقهم كأحكام الصلاة والصوم والزكاة والحج، وتنظيم علاقات بعضهم ببعض كأحكام البيوع والإجارة والزواج والطلاق وغيرها. وكذلك الأحكام المنظمة لعلاقات الأفراد والدول في حال السلم والحرب وغير ذلك. وقد انفرد بهذا النوع من أحكام الشريعة علم خاص يسمى علم الفقه.

من خلال استعراض ما سبق تتبين العلاقة بين الفقه والشريعة والفروق بين مفهوميهما:

1 - النسبة بين الفقه والشريعة هي العموم والخصوص من وجه؛ حيث يجتمع الفقه والشريعة في الأحكام التي جاءت بها أدلة قطعية لا تحتمل أكثر من معنى واحد يُستفاد من كل منها، ويختلفان في الأحكام المستفادة من الأدلة الظنية، فما أصاب فيه المجتهد حكم الله فهو من الشريعة والفقه في آن واحد، وما لم يصب فيه حكم الله فهو من الفقه وليس من الشريعة. كما تتناول الشريعة زيادة على الأحكام العملية؛ الأحكام المتعلقة بالناحية الاعتقادية والأخلاقية، بينما لا يتناول الفقه سوى الأحكام العملية فقط.



2 ـ الشريعة كاملة بخلاف الفقه؛ حيث إنها تتناول القواعد والأصول العامة، ومن هذه القواعد والأصول نستمد الأحكام التي لم يُنص على حكمها في جميع أمور حياتنا، أما الفقه فهو فهوم المجتهدين من علماء الأمة لنصوص الشريعة وآراؤهم في المسائل التي لا نصوص فيها.

3 ـ الشريعة لا تخضع للتبديل أو التغيير لأنها من عند الله، أما الفقه فمن أحكامه ما قد يتغير بتغير العرف أو تبين الخطأ أو غير ذلك.

4 ـ أحكام الشريعة عامة ومجردة، بخلاف الأحكام الفقهية الاجتهادية فهي لها ارتباط بالمسائل العملية المشخصة في واقع كل منها.

رابعا: أقسام الفقه وموضوعاته:

تندرج أحكام الفقه الإسلامي ضمن قسمين رئيسين هما:

الأول: قسم العبادات: من طهارة وصلاة وصيام وحج وزكاة ونذر ويمين، وترك المحرمات، ونحو ذلك مما يُقصد به تنظيم علاقة الإنسان بربه. وغاية هذه الأحكام تقرب العبد لربه عز وجل طلبا لمرضاته، وخوفا من عقابه. وقد شرعت هذه الأحكام لحماية حقوق الله تعالى على عباده؛ إذ حقه سبحانه على الخلق أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا، وأن يلتزموا أوامره ويجتنبوا نواهيه.

الثاني: قسم المعاملات: من عقود وتصرفات وعقوبات وجنايات وضمانات، وغيرها مما يُقصد به تنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض، سواء أكانوا أفرادا أم جماعات. وهذه الأحكام مقصود بها المحافظة على حقوق الناس وتحقيق مصالحهم ودفع الفساد والضرر الواقع أو المتوقع عليهم، فهي أحكام مشروعة لحفظ الأمن والنظام في داخل الدولة الإسلامية أو المجتمع الإسلامي وتحقيق قواعد العدل والمساواة بين أفراد هذه الجماعة أو ذلك المجتمع، وذلك بالموازنة بين الحقوق المتعارضة وحماية الحق الأولى بالحماية والرعاية. وهذا لا يمنع أن امتثال هذه الأحكام طاعة لله ورعاية لحقه وأن الخروج عليها معصية لله وتفويت لحقه، غير أن المقصود الأساس في أحكام المعاملات هو تحقيق مصالح الناس وحماية حقوقهم

ودفع الفساد عن الجماعة، وإن جاءت رعاية حقوق الله تعالى لذلك تبعا. على خلاف العبادات التي قصد منها قصدا أوليا التقرب إلى الله ورعاية حقه، وإن تحققت مصالح الناس ودفعت عنهم مفاسد نتيجة قيامهم بما فرض عليهم من عبادات تبعا.

وهذا القسم، أي المعاملات، يتفرع إلى عدة مجموعات، كما يلي:

1 ـ **أحكام الأحوال الشخصية؛** وتتعلق بالأسرة من بدء تكوينها إلى نهايتها، من زواج وطلاق ونسب ونفقة وميراث. ويُقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والأقارب بعضهم ببعض.

2 ـ **الأحكام المدنية؛** وتتعلق بمعاملات الأفراد ومبادلاتهم من بيع وإجارة ورهن وكفالة وشركة ومداينة ووفاء بالالتزام. ويُقصد بها تنظيم علاقات الأفراد المالية وحفظ الحقوق لأهلها.

3 ـ **الأحكام الجنائية؛** وتتعلق بما يصدر عن المكلف من جرائم وما يستحقه عليها من عقوبات. ويُقصد بها حفظ حياة الناس وأموالهم وأعراضهم وحقوقهم، وتحديد علاقة المجني عليه بالجاني والأمة، وضبط الأمن.

4 ـ **أحكام المرافعات أو الإجراءات المدنية والجنائية**: وهي التي تتعلق بالقضاء والدعوى وطرق الإثبات بالشهادة واليمين والقرائن وغيرها. ويُقصد بها تنظيم الإجراءات لإقامة العدالة بين الناس.

5 ـ **الأحكام الدستورية**: وتتعلق بنظام الحكم وأصوله. ويُقصد بها تحديد علاقة الحاكم بالمحكوم، وتقرير ما للأفراد والجماعات من حقوق وما عليهم من واجبات.

6 ـ **الأحكام الدولية**: وهي التي تتعلق بتنظيم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول في السلم والحرب، وعلاقة غير المسلمين المواطنين بالدولة الإسلامية، وتشمل الجهاد والمعاهدات. ويُقصد بها تحديد نوع العلاقة والتعاون والاحترام المتبادل بين الدول.

7 ـ **الأحكام الاقتصادية والمالية**: وهي التي تتعلق بحقوق الأفراد المالية والتزاماتهم في نظام المال، وحقوق الدولة وواجباتها المالية، وتنظيم موارد الخزينة. ويُقصد بها تنظيم العلاقات المالية بين الأغنياء والفقراء، وبين الدولة والأفراد.

والفقهاء لم يذهبوا بعيدا في طريق الفصل بين هذه المجموعات ـ كما فعل رجال القانون ـ لانعدام الفائدة المترتبة على هذا الفصل في نظرهم، حيث لم تكن هناك إجراءات مختلفة في إثبات الحقوق، فالقضاء موحد، والإجراءات تكاد تكون واحدة، والقاضي يحكم في كل نزاع يرفع إليه، لا فرق في ذلك بين ما يتعلق بالأموال وما يتعلق بغيرها.

ومع هذا فإننا نجد الفقه الإسلامي شاملا لجميع فروع القانون الوضعي الحديث العام منه والخاص، فالقانون العام الخارجي ـ وهو المسمى بالقانون الدولي العام ـ بحثه الفقهاء في المسائل المتعلقة بالحروب وأساليبها وأهدافها ونتائجها، وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها، وهي مجموعة تحت عنوان السير

والمغازي، وجميع كتب الفقه في المذاهب المختلفة عرضت هذا النوع عرضًا وافيًا، كما أن الفقهاء ألفوا فيه تآليف خاصة ككتابي "السير الصغير" و"السير الكبير" لمحمد بن الحسن الشيباني وغيره.

والقانون العام الداخلي بأنواعه الأربعة: الدستوري والإداري والمالي والجنائي، بحثه الفقهاء ما بين موسع ومضيق.

فالقانون الجنائي مجموع في أبواب خاصة من كتب الفقه تحت عنوان (الجنايات والحدود والتعزيرات).

والقانون المالي بحثه الفقهاء في مواضيع متفرقة من كتب الفقه العامة عند الكلام عن الزكاة والعشر والخراج والجزية والركاز وغيرها من الكتب، خاصة كتاب "الخراج" لأبي يوسف قاضي القضاة في عهد الخليفة هارون الرشيد، وهذا النوع بوجه عام يبحث في تنظيم بيت المال (خزانة الدولة) ببيان موارده والأموال التي توضع فيه، والوجوه التي تُصرف فيها هذه الأموال.

أما القانون الدستوري الذي يحدد شكل الحكم في الدولة ويبيّن السلطات العامة فيها ويوزع الاختصاصات بينها، والقانون الإداري وهو مجموعة القواعد التي تحكم نشاط السلطة التنفيدية في أداء وظيفتها وقيامها على أمر المرافق العامة، فلم تعرض لهما كتب الفقه بهذا العنوان وإنما عرضت لهما بعنوان (السياسة الشرعية) أو (الأحكام السلطانية)، وفيها كتب خاصة مثل كتاب "الأحكام السلطانية" للماوردي (450هـ) وغيره.

والقانون الخاص بفروعه: القانون المدني المنظم للأحوال المدنية هو قسم من المعاملات في الفقه الإسلامي التي تنظم الأحوال كلها عينية كانت أو شخصية. والقانون التجاري بحث الفقهاء منه ما كانوا يحتاجون إليه في زمنهم في أبواب الشركات والمضاربة والتفليس، ثم جعلوا العرف حَكَمًا فيما يجدّ فيها لأن التجارة حينذاك لم تكن تشعبت وتعقدت صورها كما هي عليه الآن بل كانت سهلة يسيرة.

وأخيرًا نجد قانون المرافعات؛ وهو مجموعة القواعد التي تبين ما يجب اتخاذه من إجراءات لتطبيق أحكام القانون المدني والتجاري، هذا القانون بحث الفقهاء أحكامه في أبواب الدعوى والقضاء والشهادة.

وهكذا نجد الفقه الإسلامي يحكم كل التصرفات الفردية والجماعية والدولية، وما لم يتناوله الفقه تفصيلًا فقد تناوله إجمالًا، ويمكن أن تبين تفاصيله على ضوء قواعده العامة وأصوله المرنة.

الفرق بين العبادات والمعاملات:

لاحظ الفقهاء عدة فروق بين قسمي الفقه، نجملها فيما يلي:

1 ـ اختلاف المقصود الأصلي لكل من العبادات والمعاملات؛ فإذا كان الغرض الأول من الأحكام الشرعية التقرب إلى الله وشكره وابتغاء الثواب في الآخرة، فإن الفقهاء يجعلون هذا النوع في قسم العبادات؛ كالصلاة والصوم والزكاة والحج. وإذا كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية أو تنظيم علاقة بين فردين أو جماعتين، فإنهم يضعون هذا النوع في قسم المعاملات.

2 ـ الأصل في العبادات أن العقل لا يستطيع إدراك السر الحقيقي لتشريعها تفصيلًا، ويعبر العلماء عن ذلك بأنها توقيفية أي لا يمكن إدراك الغاية القصوى فيها سوى أنها عبادة لله تعالى، وأما المعاملات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى ويدرك العقل كثيرًا من أسرارها.

3 ـ يُشترط للتكليف بالعبادات والأجر عليها العلم بأنه مأمور بها من الله تعالى إذ لا بد للمكلف من نية التقرب بالعبادة إلى الله تعالى، وهذه النية لا تكون إلا بعد معرفة أن العبادة المتقرب بها إليه أمر منه جل وعلا. وأما المعاملات والعادات فلا يُشترط في صحة فعلها نية التقرب، ولكن لا أجر له فيها إلا بنية التقرب إلى الله تعالى.

4- ما يستحدثه الناس من شروط وعقود في معاملاتهم مع بعضهم، الأصل فيها الإباحة، فلا يمنع منها شيء إلا بنص صريح الدلالة صحيح الثبوت، ويبقى ما عدا ذلك على أصل الإباحة. وهذا بخلاف العبادات التي تقرر أن الأصل فيها المنع حتى يجيئ نص من الشارع؛ لئلا يُشرِّع الناس في الدين ما لم يأذن به الله.

فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها الشارع فإنه لا يجوز القول بتحريمها، فإنه سكت عنها رحمةً منه من غير نسيان أو إهمال، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه. وهذه التفرقة أساسية ومهمة، فلا يجوز أن يقال لعالم: أين الدليل على إباحة هذا العقد أو هذه المعاملة؟ إذ الدليل ليس على المبيح؛ لأنه جاء بالأصل، وإنما الدليل على المحرم، والدليل المحرم يجب أن يكون نصًا لا شبهة فيه.

بمعنى: أنه لو اختلف اثنان في معاملة من المعاملات، هل هي حلال أم حرام، فإن الذي يُطالب بالدليل هو من يقول: إن هذه المعاملة حرام، أما الذي يقول: إنها حلال فلا يطالب بالدليل؛ لأن الأصل معه. وهذا على العكس تماماً في أبواب العبادات، فإن الأصل في العبادات الحظر، والمنع، والتحريم، إلا ما ورد الدليل على مشروعيته، ولهذا لو اختلف اثنان في عبادة، أحدهما يقول: إنها مشروعة، والآخر يقول: إنها غير مشروعة، فالذي يُطالب بالدليل هو الذي يقول إنها مشروعة؛ لأن الأصل في العبادات المنع والحظر والتحريم.

خامسا: مقارنة بين الحكم الشرعي والقاعدة القانونية:

إذا كان الفقه يشتمل على أحكام فقهية شرعية، فإن القانون يتكون من قواعد أو أحكام قانونية، فالقانون هو مجموعة القواعد أو الأحكام القانونية التي ترسم للناس سلوكا معينا، وتفرض جزاء يطبق على من يخالف هذا السلوك، وهذا الجزاء دنيوي دائما تطبقه السلطة القائمة على حماية القانون في الدولة.

ولقد عرف رجال القانون القاعدة القانونية بما يقرب معناها من الحكم الشرعي؛ فالقاعدة القانونية خطاب موجه من السلطة العامة في الدولة للأفراد يطلب منهم أن يأتوا فعلا معينا او يتركوا هذا الفعل،

ويفرض جزاء يوقع على المخالف، هذا الجزاء قد يكون عقوبة جنائية، وقد يكون اعتبار التصرف المخالف باطلا أو غير ذلك. وفي هذا تقترب القاعدة القانونية من الحكم الشرعي.

على أن هناك من جهة أخرى فروقا بين القاعدة القانونية والحكم الشرعي ترجع إلى الأمور الآتية:

أولا: من حيث المصدر المنشئ للحكم؛ فمصدر الحكم الشرعي دائما هو الله سبحانه وتعالى، قال عز وجل: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [الأنعام: 57]، والرسول ﷺ مبلغ عنه أحكامَه، وليس له سلطة التشريع، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ﴾ [المائدة: 67]، وقال تعالى: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ. إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ [النجم: 3-4]. فالمشرع للحكم ومنشئه هو الله تعالى، وعمل الرسول صلى الله عليه وسلم هو تبليغ هذا الحكم عن الله لخلقه، وعمل المجتهدين من بعده بيان هذا الحكم واستنباطه من نصوص الشرع، فالحكم الشرعي موجود بوجود مصادره، وعلى الفقهاء والمجتهدين اكتشافه واستنباطه من هذه المصادر بطرق الاجتهاد ووسائل الاستنباط التي وضعها علماء الأصول لذلك.

أما القاعدة القانونية أو الحكم القانوني فإنه من وضع البشر وإنشائهم، وهؤلاء يقصُر علمهم عن معرفة ما يحقق المصلحة ويلبي الحاجة، ولذلك وجدنا القوانين الوضعية كثيرا ما تُلغى وتُغير وتُبدل، لأنها تصبح بعد وضعها بمدة معينة غير محققة لمصالح الأمة التي كانت هدف التشريع عند وضعه، وقد يتغير التشريع بعد مدة من وضعه لأنه قد أصبح في نظر واضعيه غير محقق لغاياته. أما أحكام الله تعالى فإنها لا تتغير ولا تتبدل بعد انقطاع الوحي وانتقال الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى، لأنها أحكام تحقق مصالح الأمم وتلبي حاجات الشعوب في كل زمان ومكان، فهي من صنع الحكيم الخبير الذي لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء، وهو الذي خلق الإنسان ويعلم ما يصلحه وما يفسده.

وإذا كانت الأحكام ثابتة فإن تطبيقها على الوقائع والنوازل المتجددة والقضايا المتغير قد يتغير فتتغير بذلك الفتوى وتختلف من فقيه لفقيه، ومن زمن لزمن، ومن بلد لبلد، مع وحدة حكم الشرع وثباته. وفتاوى وأحكام من يطبقون هذا الحكم على بعض النوازل والقضايا قد تختلف، لتوفر مناط أو علة تطبيقه في زمن أو في نظر فقيه معين، وانعدام هذا المناط أو عدم توافر هذه العلة في زمن لاحق أو عند فقيه آخر.

ثانيا: من حيث موضوع الحكم أو القاعدة؛ فحكم الشرع قد يكون موضوعُه أفعالا وأقوالا تطلب تعبدا وخضوعا لله عز وجل، كالصلاة والصوم، فإن الشارع قد أوجبها على المسلم قياما بحق العبودية لله تعالى. وقد يكون موضوع الحكم الشرعي تنظيم علاقات بين البشر، فيطلب من المكلف أعمالا أو يمنعه من أعمال محافظَةً على حقوق غيره من المكلفين.

أما القانون الوضعي فإنه لا يهتم إلا بتنظيم العلاقة بين الناس، ولا شأن له بتنظيم العلاقة بين الناس وربهم، لأن تنظيم هذه العلاقة الأخيرة مما يختص به الدين في البلاد التي تفصل بين الدين والقانون، والشريعة الإسلامية لا تفعل ذلك، لأن القانون جزء من الدين، فالفقه الإسلامي ينظم علاقة المرء بربه بجانب تنظيمه لعلاقته بغيره من الناس، في حين أن القانون لا يهتم إلا بالجانب الأخير فقط.

ثالثا: من حيث الجزاء الذي يوقع على المخالف؛ فالجزاء على مخالفة الحكم الشرعي قد يكون أخرويا فقط كالعقوبة على الحقد والحسد مثلا، وقد يكون دنيويا وأخرويا كعقوبة القتل والسرقة. أما الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية فإنه دنيوي فقط في كل الحالات.

وفوق ذلك فإن الفقه الإسلامي لا يحمي أحكامه ويحث الناس على التزامها بفرض جزاء على المخالف فقط، بل إنه يمنح الثواب للطائع أيضا. في حين أن القانون الوضعي يعاقب المخالف ولا يثيب الطائع.

ويترتب على ذلك أن أحكام الشرع تتمتع بضمانات لاحترامها وحوافز لالتزام تطبيقها لا توجد بالنسبة لأحكام القانون؛ لأن التزام الأحكام الشرعية طاعة وعبادة، والطاعة تقرب الطائع من ربه وتجعله أهلا لثوابه وجنته. في حين أن طاعة القانون ليست عبادة دائما؛ لأن القانون قد يكون مناقضا لأحكام الشرع فيكون التزامه والعمل به معصية لا طاعة.

وفوق ما يحمل الحكم الشرعي في طياته من حوافز لطاعته، وذلك بفرض الثواب على هذه الطاعة، فإن فرض عقوبة أخروية توقع على المخالف تجعل هذه الطاعة آكد، لأن الذي يراقب تنفيذ أحكام الشرع لا يغفل ولا ينام، فإذا أفلت المخالف من عقوبة الدنيا لعدم الاطلاع عليه فلن ينجو من عذاب الآخرة، لأن الله لا يخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء. أما القانون الوضعي الذي يقتصر على فرض جزاء دنيوي على المخالف، فليست هناك ضمانات لاحترامه والتزام قواعده إلا رقابة رجال السلطة، وهؤلاء إن اطلعوا على شيء غفلوا عن أشياء، فإذا تأكد المخالف أن أعين رجال الأمن لا تطلع عليه اعتدى على القانون، فتضيع بذلك حقوق الناس. وما أكثر الحوادث التي تهدر فيها الدماء وتفوت الأموال دون عقاب، لأنها تقيد ضد مجهول. ولو كانت القاعدة القانونية تستند إلى الدين وتحتمي به، لخاف الجزاء كل مخالف، لأنه إذا أفلت من جزاء الدنيا بقي جزاء الآخرة، ذلك الجزاء الذي لا يتوقف على ضبط المخالف ومحاكمته أمام القضاء.

سادسا: مصادر الفقه:

مما لا خلاف فيه أن النص الشرعي قرآنا أو سنة هو المصدر الأول للفقه الإسلامي.

ويلي هذا المصدر الاجتهاد، فهو المصدر الثاني، وهو ليس إلا وسيلة لفهم النص، وتطبيقه، واستلهام روح التشريع ومقاصده، وقواعده في الكشف عن الأحكام التي لم يتناولها النص بأسلوب صريح أو غير مباشر.

فمصادر الفقه إذن نص واجتهاد، نص جاء وحيا باللفظ والمعنى، وهو القرآن الكريم، أو وحيا بالمعنى فقط وهو السنة النبوية.

وأما الاجتهاد فقد دعا إليه النص، فهو من ثم ليس له استقلالية عنه، أو خروج عليه، لأنه محكوم به، ومقيد بالضوابط والقواعد التي دل عليها النص صراحة أو ضمنا، ولهذا كان الاجتهاد في خدمة النص دائما، يدور في فلكه، ويعمل في نطاقه، كما أن الآراء الاجتهادية - وإن كانت فهما بشريا للنص وما استُمد منه من قواعد ومبادئ - ليست كالآراء البشرية الخالصة، فلها صبغتها الدينية التي تجعل من الالتزام بها التزاما بالشريعة ذاتها. والاجتهاد له وسائله المتعددة، من أهمها الإجماع والقياس والاستحسان، والاستصلاح، والعرف والاستصحاب، وسد الذرائع.

ويطلق العلماء على النص والاجتهاد بكل وسائله مصادر الفقه أو أدلته أو حججه، لأن الأحكام الفقهية انبنت عليها وأخذت منها، ولأنه يلزمنا الرجوع إليها من حيث العمل بها شرعا.

وقد تنعوت تصنيفات العلماء لمصادر الفقه، فمنهم من يرى أنها نوعان: أساسية وتبعية.

1- المصادر الأساسية: وهي القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس.

2- المصادر التبعية: وهي ما عدا هذه المصادر الأساسية الأربعة، وسميت تبعية لأنها متفرعة عن المصادر الأساسية، فهي راجعة إليها وليست زائدة عليها في رأي كثير من العلماء، ومن أهم هذه المصادر: الاستحسان، والاستصلاح، والعرف.

ومنهم من يرى أنها نوعان: أصلية، وتبعية.

1- فالأصلية: القرآن والسنة.

2- والتبعية: الإجماع، والقياس، والاستحسان، وسد الذرائع، والعرف، ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، والاستصحاب.

ومنهم من يجعلها: مصادر عقلية، ومصادر نقلية.

1- المصادر النقلية هي: القرآن، والسنة، وشرع من قبلنا. وكذلك نقلية من غير طريق الوحي وهي: الإجماع، والقياس، وقول الصحابي، والعرف.

2- وأما المصادر العقلية فهي: القياس، والاستحسان، والاستصحاب، والاستصلاح، وسد الذرائع.

وهذان القسمان متكاملان، لأن الاستدلال بالدليل النقلي لا بد فيه من بذل المجتهد جهده وتدبره ونظره، والاستدلال بالمعقول لا بد أن يكون معتمدا على النقل، وإن مصادر الشريعة لا تنافي أحكام العقل.

ومنهم من جعلها ثلاثة أقسام:

1- مصادر مُجمع عليها: وهي النص الشرعي قرآنا وسنة صحيحة، والعلاقة بينهما أن السنة - قولية كانت أو فعلية أو تقريرية - بيانٌ للقرآن، وهو الذي دل عليه قوله تعالى : (وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ) [النحل: 44].

2- مصادر متفق عليها بين جمهور العلماء: وهي الإجماع والقياس، وقد أنكر الظاهرية، حجية القياس.

3- مصادر مختلف فيها: وتشمل ما دون النص والإجماع والقياس، مثل الاستحسان، والاستصحاب، وغيرهما.

وإن كان هذا الاختلاف بين العلماء في مصادر الفقه الإسلامي، ليس اختلافا جوهريا، لأنهم متفقون على أن النص من كتاب وسنة، هو الأصل والمصدر الأول، وما عداه يدور في فلكه ويخدمه.

سابعا: أسس ومرتكزات الفقه الإسلامي:

الفقه هو الصورة العملية للتشريع الإسلامي الخالد، وهو يمتاز بارتكازه على أسس ودعائم خاصة به دون غيره من النظم والتشريعات، ومن أهم هذه الأسس التي مكنته من الخلود والبقاء:

1 - أساسه الوحي الإلهي؛ إذ أن كل مجتهد مقيد فيما يستنبطه من أحكام بنصوص الكتاب والسنة، وما يتفرع عنهما مباشرة، وما ترشد إليه روح الشريعة، ومقاصدها العامة، وقواعدها ومبادئها الكلية.

فمرجع الأحكام في الفقه الإسلامي هو الوحي من الله تعالى؛ فالذي شرع هذه الشريعة وأوجدها للإنسان هو الذي خلق الإنسان وهو أعلم بما يصلحه في دنياه وآخرته وهو أعلم بما في داخل النفس الإنسانية وما يتفق معها وما يتعارض مع ميولها وطبيعتها، قال الله تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [المُلك: 14]. أما القانون الوضعي فإنه من صُنْعِ البشر ووَضْعِ عقله الذي قدرته محدودة وهو عُرضة للنقص والخلل، ولذلك فهو لا يعلم حقيقة النفس الإنسانية وما يتناسب مع فطرتها التي فطرها الله عليها، وبالتالي فإن التشريعات التي يسنها الغالب عليها أن لا تكون ملائمة كل الملاءمة لطبيعة النفوس البشرية.

2- سمو الغاية والأهداف: لكل قانون أو نظام غاية يرمي إليها وينشدها، ويؤسس قواعده في سبيل الوصول إليها، إلا أن هذه الغاية تختلف باختلاف الجماعات، كما أنها تختلف باختلاف الغايات التي تهدف إليها السلطة التي تقوم على وضع القانون وحمايته، فكثيرًا ما يتم التغيير والتعديل لأن الدول تستخدم القانون لتوجيه شعوبها لوجهات معينة، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض محددة لا تقوى السلطة على الوصول إليها إلا عن طريق القانون. والخلاصة في ذلك هي أن القوانين بمثابة مركب السلطة الذي يحملها ولا يعصيها ويتوجه بتوجيهها، أما أحكام الفقه الإسلامي فإنها لا تتكيف بالجماعة، بل إن الجماعة هي التي تتكيف بها، لأن الإنسان لا يصنعها بل إنه يصنع نفسه بها؛ فهي لا تقتصر على تنظيم علاقات

الأفراد بعضهم ببعض فحسب، ولكنها تنظم علاقة المخلوق بخالقه بتشريع أنواع العبادات من صيام وصلاة وزكاة وحج وغيرها، ثم إنها حددت العلاقة بين الأفراد بالكيفية التي تجمع بين ما لهم وما عليهم من واجبات، فينتفي الضرر منهم على غيرهم ومن غيرهم عليهم، ولهذا يقول الرسول الكريم ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» [رواه مالك وابن ماجه والدارقطني]. وخلاصة القول في ذلك؛ أن أحكام الفقه الإسلامي تهدف إلى غاية عظيمة هي تحقيق المصالح للفرد والجماعة، ودرء المفاسد عن الفرد والجماعة على حد سواء.

3 ـ التيسير ورفع الحرج؛ قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78]، وقال: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 286]. فليس في التكاليف الإسلامية شيء من الحرج والشدة، وليس في أحكام الفقه شيء مما يعسر على الناس وتضيق به صدورهم، ومن تتبع أحكام الفقه الإسلامي وجد مظاهر رفع الحرج جلية واضحة ووجد أن جميع التكاليف في ابتدائها ودوامها قد روعي فيها التخفيف والتيسير على العباد.

ومن أهم المظاهر الدالة على نفي الحرج في الشريعة الإسلامية:

أ ـ قلة التكاليف واعتدالها؛ فقد أوجب الله الصلاة على المكلف في اليوم خمس مرات بحيث لا يزيد وقت كل صلاة عن دقائق قليلة، وأوجب عليه أن يؤديها قاعدًا إذا لم يستطع القيام. وكذلك الصيام، فرضه شهرًا في السنة، فالمشقة فيه لا تصل إلى درجة العسر والحرج، ومع ذلك فقد أباح الفطر في حالتي السفر والمرض. وقد حرم الميتة لكنه أباحها عند الضرورة. وشرع الكفارات لتمحو آثار الذنوب. إلى غير ذلك مما يدل على مراعاة اليُسر ورفع الحرج في التشريع، حتى لا يضعف الناس عن أداء ما أوجبه عليهم وتضعف عزائمهم إزاء ما شرعه لمصالحهم.

والواجبات في الفقه الإسلامي قليلة يمكن العلم بها في زمن وجيز، وليست كثيرة التفاصيل والتفاريع ليسهل علمها والعمل بها، يشهد بذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ وَإِن تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبْدَ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا ۗ وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ. قَدْ سَأَلَهَا قَوْمٌ مِّن قَبْلِكُمْ ثُمَّ أَصْبَحُوا بِهَا كَافِرِينَ﴾ [المائدة: 101-102]، فإن الله تعالى ينهانا عن التعمق في المسألة والتشديد فيها لئلا يكون ذلك سببًا في فرض أحكام لم تكن مفروضة فنعجز عن الامتثال لكثرة الفرائض فنهلك مع الهالكين، فهذه الآية تشير إلى أن الله تعالى قد راعى قلة التكاليف حتى يسهل علينا الامتثال وحتى لا نقع في العنت والمشقة.

ب ـ تشريع الرخص عند الضرورة؛ كالإفطار في رمضان للمريض والمسافر، وكقصر الصلاة في السفر، وكدرء الحدود بالشبهات.

4 ـ الثبات في القواعد والمرونة في التطبيق: الفقه الإسلامي يقوم على قواعد أساسية ثابتة لا تتغير ولا تتبدل مستمدة من مصادره الأولى وهي القرآن الكريم والسنة النبوية، والقرآن والسنة نصوصهما محفوظة ومدونة بدقة وعناية فائقة، وهذه النصوص في الغالب تتضمن الأحكام العامة للتشريع دون بيان التفاصيل المتعلقة بتطبيق تلك الأحكام، وذلك لترك سلطة تقديرية واسعة للمجتهد مراعاة لاختلاف

الظروف والأحوال؛ فالنصوص الشرعية مثلًا فيما يتعلق بنظام الحكم وضعت خطوطًا عريضة لهذا النظام تتضمن الأمر بالعدل بين الرعية وطاعة أولي الأمر وتحقيق الشورى بين المسلمين والتعاون على البر والتقوى وغير ذلك، لكنها تركت تطبيق هذه الخطوط العريضة لواقع يتسم بشيء من المرونة والسعة، حيث إن المهم هو تحقيق هذه الغايات بغض النظر عن الوسائل التي تمت بها والأشكال التي قامت فيها طالما أنها لا تخالف نصًّا شرعيًّا أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية؛ ولهذا فإن تطبيق المقاصد العامة للشريعة الإسلامية يخضع لدرجة كبيرة من المرونة والقابلية للتطور. كذلك لا مانع من حدوث أحكام جديدة لم تكن معروفة من قبل نظرًا لحدوث الوقائع المناطة بها، كما أنه لا يمنع تغير أحكام كانت سائدة من قبل نظرًا لتغير مقتضياتها، وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بتغير الأحكام تبعًا لتغير الزمان والمكان. ولأجل ذلك فقد ترك الإسلام باب الاجتهاد مفتوحًا في الشريعة ليقيس المجتهد ما لم يرد به نص على المنصوص ويلحق الأشباه بالنظائر.

أضف إلى ذلك أن من مصادر الشريعة الإسلامية الهامة العرف والمصلحة، وهذان المصدران كافيان لتلاؤم الأحكام مع البيئة الصادرة فيها.

إن هذا الثبات في المصادر والمرونة في التطبيق يعطي للفقه الإسلامي ميزة خاصة دون غيره من التشريعات المعاصرة؛ ذلك أن هذه التشريعات، وإن كانت تحاول مسايرة العصر بالتغيير المستمر والتجديد الدائم، إلا أنها تفتقر في الغالب إلى معايير وأسس وقواعد ثابتة حتى لا يفضي بها التغير إلى أن تتلاشى معالمها الأصلية ودعائمها الأساسية، بل إن كثيرًا من التشريعات تتغير أصولها وقواعدها وكثيرًا ما يعتريها التغيير والتبديل، وبذلك تكون عرضة للتلاعب من قبل واضعي تلك التشريعات.

5 ـ قصد تحقيق العدل والعدالة؛ حيث تهدف أحكام الفقه إلى تحقيق مبدأ العدالة في الأرض، سواء بين الحاكم والمحكوم، أو في العدل حتى مع الأقربين والأصدقاء والأعداء دون تفاضل أو تمييز. عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ قُرَيْشًا أَهَمَّهُمْ شَأْنُ الْمَرْأَةِ الْمَخْزُومِيَّةِ الَّتِي سَرَقَتْ فَقَالُوا: وَمَنْ يُكَلِّمُ فِيهَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ فَقَالُوا: وَمَنْ يَجْتَرِئُ عَلَيْهِ إِلَّا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ حِبُّ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. فَكَلَّمَهُ أُسَامَةُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ؟». ثُمَّ قَامَ فَخَطَبَ ثُمَّ قَالَ: «إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمْ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمْ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَايْمُ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا» [متفق عليه].

سادسا: خصائص الفقه الإسلامي:

يمتاز الفقه الإسلامي بعدة مزايا وخصائص، أهمها:

1ـ **تطبيق أحكام الفقه الإسلامي يعد طاعة لله تعالى؛** فالامتثال للأحكام في الفقه الإسلامي يعد طاعة لله تعالى وعبادة له يثاب عليها المطيع، كما تعد مخالفتها معصية لله يعاقب عليها المخالف؛ فمنها ما له عقوبة في الدنيا كالحدود والتعازير، ومنها ما توعد الله المخالف له بالعقاب في الآخرة. وبهذا يمكن

القول بأن الفرد المسلم دائمًا يكون رقيبًا على نفسه لأن خوف الله وخشيته هو الرقيب عليه، وبهذا يتكون الفرد والمجتمع على هذا الأساس. أما القانون الوضعي فإن الطاعة له مبعثها الخوف من السلطة الحاكمة، وليس مبعثها احتساب الأجر والمثوبة عند الله، كذلك العصيان وعدم الامتثال للمادة القانونية فإن المرتكب لها لا ينتابه شعور بالمخالفة ما لم يقع في يد السلطة، ومن هنا لا مانع يمنع من التحايل والخديعة والنصب بقصد اكتساب الدعوى عند الخصومة والتقاضي مع الآخرين، لأن المباح ما أباحه القاضي والممنوع ما منعه القاضي.

2 ـ **شموله كل متطلبات الحياة؛** ذلك أن الفقه الإسلامي جاء لتنظيم أمور ثلاثة وهي علاقة الإنسان بربه، وعلاقته بنفسه، وعلاقته بغيره من الناس. فعلاقة الإنسان بربه ينظمها من خلال قسم العبادات وما يشمله من أحكام الصلاة والصيام ونحوها. وعلاقة الإنسان بنفسه ينظمها من خلال بيان ما يجوز للمرء تناوله من المطعومات والمشروبات وارتداؤه من الملبوسات واكتسابه من الممتلكات، وما يمتنع عليه من ذلك. ويدخل في ذلك كل ما شرعه الشارع حفاظًا على نفس الإنسان وعقله وبدنه. وعلاقة الإنسان بغيره ينظمها الفقه من خلال ما يسمى بالمعاملات والعقوبات، وما يتعلق بذلك من بيع وإجارة ونكاح وقصاص وحدود وتعازير وأقضية وشهادات.

وبتنظيم هذه العلاقات الثلاثة يكون الفقه قد نظم كل ما يتعلق بالإنسان في هذه الحياة.

وإذا قارنا الفقه الإسلامي بالقانون الوضعي من هذه الناحية وجدنا أن القانون إنما يهتم بتنظيم علاقة الإنسان بغيره فقط، أما علاقته بنفسه التي بين جنبيه والتي هي أعدى أعدائه وأكثرهم التصاقًا به وأثرًا في حياته، وعلاقته بخالقه الذي أوجده وسخر له هذه الحياة بكل ما فيها من أجل سعادته وخدمته ليقوم هو بعبادة خالقه وشكره، كل ذلك لا اهتمام للنظم القانونية الوضعية به ولا يدخل في اهتمامها. وهذا الفصل بين القانون وبين الدين والأخلاق مرفوض من قبل الشريعة الإسلامية التي تعتبر القانون الإسلامي (الفقه) أصلا من أصول الدين الإسلامي، كما أن الأخلاق هي الأخرى أصل من هذا الدين.

ومن مظاهر الشمولية في الفقه الإسلامي أنه يهتم بهذا الإنسان في كل مراحل حياته؛ قبل ولادته وبعدها، منذ تكونه جنينًا في بطن أمه ثم خروجه إلى الدنيا رضيعا ثم طفلًا صغيرًا ثم شابًّا قويًّا ثم كهلًا ثم شيخًا إلى أن يموت، بل وبعد موته كذلك. فهو يحفظ للإنسان حقوقه ولو كان قاصرًا عن المطالبة بها؛ كالحمل والطفل والشيخ الهرم والميت، كما يحفظها للبالغ الرشيد دون تمييز. وهو يهتم بمستقبل الإنسان؛ ليس في هذه الحياة فحسب، بل في الحياة الأخرى التي هي نهاية حتمية لكل إنسان، وذلك من خلال أحكام العبادات التي يقوم بها كل مؤمن بهذا الدين. ولا شك أن القانون لا يهتم بهذه الحياة الدنيا إلا في أضيق الحدود، لذلك فلا مجال فيه للحديث عما قبل هذه الحياة وما بعده.

3 ـ **اتصافه بالصفة الدينية حِلاً وحُرمة؛** فالفقه الإسلامي يفترق عن القانون الوضعي في أن كل فعل وتصرف يتصف بوجود فكرة الحلال والحرام فيه. مما يؤدي إلى اتصاف أحكام المعاملات بوصفين:

أحدهما: (دنيوي) يُبنى على ظاهر الفعل أو التصرف، ولا علاقة له بالأمر المستتر الباطني، ويسمى (الحكم القضائي)؛ لأن القاضي يحكم بما هو مستطاع، وحكمه لا يجعل الباطل حقا والحق باطلا في الواقع، ولا يحل الحرام ولا يحرم الحلال في الواقع.

الثاني: (أخروي) يُبنى على حقيقة الشيء والواقع، وإن كان خفيا عن الآخرين، ويُعمل به فيما بين الانسان وربه تعالى، ويسمى (الحكم الدياني).

4 ـ ارتباطه بالأخلاق؛ إذ يحرص الفقه الإسلامي على رعاية الفضيلة والمُثُل العليا والأخلاق القويمة، بخلاف القانون الوضعي الذي ليست له إلا غاية نفعية وهي العمل على حفظ النظام واستقرار المجتمع، وإن أهدرت بعض مبادئ الدين والأخلاق.

هذا الارتباط بالأخلاق في أحكام الفقه الإسلامي يتجلى فيما جاء به الإسلام من عبادات، كما أنه واضح فيما أتى به من أحكام المعاملات التي نراها في الحياة العملية، فكل هذه التشريعات في هاتين الناحيتين تهدف إلى تهذيب الفرد وصالحه والصالح العام للمجتمع بأسره.

وكأمثلة لذلك؛ حكمة شرعية الصلاة والصوم والزكاة والحج وما يجب التزامه في أداء كل منها، وحل البيع وتحريم الربا، والأمر برعاية الجار، والوفاء بالعقود، وتحليل الزواج لإنشاء الأسرة وتحريم الزنا، وإقامة الحدود صيانة للمجتمع، وغير ذلك من الأحكام التي جاءت بالأمر والنهي، والحل والحرمة.

5 ـ ظهور النزعة الجماعية فيه؛ الإسلام دين جماعي، وتشريعه يعمل على جمع الشمل وتوحيد الصفوف واجتماع الكلمة، ويجعل التابعين له الدَّاخلين تحت لوائه كالبُنيانِ المرصوص، الذي لا تمايز بين لبناتِه، فإنه يشد بعضه بعضًا؛ يقول الله جلَّ شأنه: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا﴾ [آل عمران: 103]. وفي الحديث الشريف يقول الرسول الكريم ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ تَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ، وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ، وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ» [رواه أحمد وأبو داود والنسائي]، وفي حديثٍ آخر يقول ﷺ: «مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى شيئا تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى» [رواه الشيخان]، ولا يمكن أن تتحقَّقَ هذه المعاني الكريمة إلا بتركِ الأثرة ونسيان الذات، وأن يرى كلُّ واحدٍ لأخيه من الحقِّ مثلما يرى لنفسِه، بحيث لا يتعسف في استعمالِ حقِّه متغاضيًا عن رعايةِ جانب الآخرين.

لذلك كانت نظرة الفقه الإسلامي في الواقعِ إنَّما تهدفُ إلى إصلاحِ الفرد والمجتمع، والنزعةُ السائدة فيه هي النزعة الجماعية، فهو يعمل غالبًا على الحدِّ من سلطانِ الفرد إذا تعارض هذا السُّلطانُ مع الصَّالحِ العام، أو أساء الفرد استعمالَ هذا الحق؛ إذ القصد من الشَّريعةِ الإسلامية إنما هو صالح العامة، والعمل على ما فيه الحفظ لكيانِ مجتمعهم في جوٍ من الودِّ والمحبة.

وما كانت حقوق الفرد في الفقهِ الإسلامي حقوقًا طبيعية ـ كما ترى القوانين الوضعية ـ ولكنها منح إلهية، قُيدت في استعمالها بمراعاةِ مصلحة الآخرين، وعدم الإضرارِ بالجماعة، فإذا تعارضت المصلحةُ

الخاصة مع المصلحة العامة، قُدِّمت المصلحةُ العامة على المصلحة الخاصة، وأُزيل الضَّررُ الأكبر باحتمال الضَّرر الأدنى، اتباعًا لقاعدة ارتكاب أخف الضررين، كما يقول علماء أصول الفقه.

فقد يُمنع المرء شرعًا من عملٍ هو في الأصل مباح له، وله فيه مصلحة؛ وذلك إذا ترتَّبَ عليه ضرر لغيره أو ترتب عليه ضررٌ عام.

ومن نظرَ في التشريع الإسلامي الحكيم تمثَّل له هذا المعنى واضحًا جليًّا، وتبيَّن له فيه ما يدلُّ أكبر دلالة على نزعةِ الفقه الجماعية.

6- **الثراء والغنى**: المتتبع لمؤلفات الفقه الإسلامي يجد فيها مادة علمية خصبة وثراءً فكريًّا كبيرًا، يتضح ذلك من خلال آراء الفقهاء المتشعبة ومذاهب العلماء المتعددة والتي رغم كثرتها وتباينها وتنوعها لا تخرج عن الإطار العام للشريعة الإسلامية.

فأنت تجد مثلًا في الفقه الإسلامي أربعة مذاهب سنية كبرى مشهورة وتجد داخل كل مذهب عددًا من الأقوال والروايات المنسوبة إلى إمام المذهب أو تلاميذه، هذا فضلًا عن المذاهب المندثرة لعلماء الصدر الأول. من كل ما سبق يصل القارئ إلى فكرة أساسية هي أن الفقه الإسلامي لا ينحصر في مذهب إمام معين ولا في قول طائفة محصورة من الناس، بل هي مجموعة من الآراء ترجع إلى الكتاب والسنة في نهاية المطاف.

وهذا الثراء في الفقه الإسلامي يجعله كذلك أكثر قابلية للتطور والنماء ومسايرة روح الحضارة كما يجعله أكثر بعدًا عن الجمود والتحجر، لأن هذا التنوع إنما هو في الحقيقة راجع إلى الخلاف في فهم نصوص أدلة الفقه، فهو في الحقيقة تنوع لا تناقض وتضاد.

ومن مظاهر الثراء والغنى في الفقه الإسلامي؛ ما يلاحظ في كتب الفروع الفقهية من استقصاء الجزئيات وتتبع الأحكام الدقيقة التي قد تكون نادرة الوقوع، بل قد يفترضون أشياء لم تقع بعد لكي يكون حكمها جاهزًا إذا ما وقعت، أضف إلى ذلك ما قام به الفقهاء من تقعيد للفقه وتنظيم لقواعده الأساسية فيما يسمونه بعلم القواعد الفقهية الذي يبحث في كيفية بناء القواعد على الفروع الفقهية المستنبطة من الأدلة الشرعية وفق القواعد المتبعة في أصول الفقه الذي يبين هو بدوره كيفية استنباط الأحكام من أدلتها.

نظرية المُؤَيِّدات الشرعيّة[*]

تعريف المؤيدات الشرعية:

المؤيدات لغة؛ جمع مفرده، مُؤَيِّد، فاعل مِنْ أَيَّدَ يؤيد تأييدا، ومعناه: قَوَّى ودَعَّمَ، والمفعول مؤَيَّد.

والمؤيدات: اصطلاح قانوني، والمراد بها الأحكام التي تضمن تنفيذ التشريع، والمحافظة على الحقوق، وأداء الالتزام بها، والتقيد بحدودها.

وقد سميت الأحكام التي جاءت في الشريعة الإسلامية من هذا النوع "المؤيّدات الشرعيّة".

ويُطلق عليها في الاصطلاح الفقهي "الضوامن"، جمع ضامن؛ لأنها تضمن الطاعة للشرع القائم، وتتكفل بها.

كما تسمى في اصطلاح الفقهاء "الزواجر"؛ لأنها تزجر المكلف عن مخالفة الشرع.

فالمؤيّدات الشرعيّة: "كل ما يُشرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية".

وهذا يعني أن أحكام الشريعة قسمان:

1- الأحكام الأصلية: التي وضعت لبيان الحقوق والواجبات، حيث تنظم علاقة الإنسان بربه، وعلاقة الإنسان بنفسه، وعلاقة الإنسان بأخيه الإنسان.

2- الأحكام التأييدية: التي وُضعت لحماية الأحكام الأصلية، وضمان تطبيقها، وحسن تنفيذها، والالتزام بها.

وهذه الأحكام التأييدية ضرورية، ولابدّ منها، وهي معيار التفريق ين التشريع وبين الأخلاق؛ أو بين الأحكام الفقهية العملية وقواعدها وبين مبادئ الأخلاق وقواعدها. ولذلك لا يُتصور أن يوجد تشريع يُقصد منه التطبيق والتنفيذ، وتحقيق المصالح وجلب المنافع، ودفع المضار عن الناس؛ يخلو من المؤيّدات، وإلا أصبح مجرد كلام لا أثر له، وشعارات ومُثل نظرية لا تحقق لها في الواقع العملي.

فلكي يكون التشريع التنظيمي العملي محترما مطاعا في أمره ونهيه، وجب أن يكون إلى جانبه من الأحكام والترتيبات ما يضمن له هذه الحرمة، ويلجئ الناس إلى طاعته والالتزام به.

---

[*] - يُنظر:
المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله، الصفحات: 591-725.
النظريات الفقهية، للدكتور محمد الزحيلي، الصفحات: 11-126.
الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله، ج4، الصفحات: 3137-3146.
المؤيدات التشريعية، للدكتور عبد العزيز عزت الخياط.

فالمؤيدات الشرعية هي الأحكام الحامية، والنظام الأصلي الذي شرعت المؤيدات لحمايته هو الأحكام المحمية.

ولحرص الشرع الإسلامي على تطبيق أحكامه عملياً جاء بالمؤيّدات المتعدّدة.

أنواع المؤيّدات الشرعيّة:

تنقسم المؤيّدات الشرعيّة باعتبارات مختلفة، أهمها:

أولا: باعتبار مجالها الزمني:

قسمت المؤيّدات الشرعيّة بالنظر إلى المجال الزمني لتحققها ونفاذها إلى نوعين:

أ ـ مؤيّدات أخرويّة: ببيان الثواب والأجر للفاعل، أو بترتيب العقوبة والعذاب لكل من يخالف أحكام الشرع ويخرج عن حدوده؛ سواء أكانت له عقوبة في الدنيا، ولكنها لم تطبق عليه لأيّ سبب، أم لم تكن له عقوبة في الدنيا، واقتصر عقابها على الآخرة؛ لأنه لايمكن معرفتها أو إثباتها بالحواس البشرية الموجودة، كالحسد والنفاق والنميمة والغيبة والحقد والكذب.

ومعيار معرفة المؤيد الأخروي: كل خطاب شرعي ورد فيه عقوبة أو تهديد أو وعيد أو لفظ يدل على إنكار الفعل بغضب الله أو حرب الله أو لعن الله أو البعد عن رضوان الله، وغير ذلك. ومن ذلك ما جاء في قوله تعالى: (وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا) [النساء: 93]. وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: "إياكم والحسد؛ فإن الحسد يأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب" [رواه أبو داود].

ب ـ مؤيّدات دنيوية: وهي الأحكام التي جاءت لحماية التشريع وتطبيقه في الدنيا، وهي في الدرجة الثانية بعد المؤيّدات الأخروية. وتتمثل في إبطال الفعل أو التصرف، أو الوعيد بالعقوبة المادية للفاعل، وذلك لحماية حق الجماعة والأمة، وحماية حقوق الله تعالى وأحكامه وشرعه.

والمؤيّدات الدنيوية هي المقصودة في الفقه الإسلامي بالمؤيدات أو الضوامن أو الزواجر.

ثانيا: باعتبار الغَرَضِ منها:

قسمت المؤيّدات الشرعيّة بالنظر إلى الغرض الذي سيقت لتحقيقه إلى نوعين:

أـ مؤيدات ترغيبية؛ وهي الأحكام التي وضعها الشارع للتشويق إلى الأفعال المرغوبة التحصيل وتنشيط الناس إليها، وتشجيعهم على تحمل مشاقها وأتعابها، ببيان محاسنها، وإظهار النتائج الطيبة لأدائها، وترتيب الثواب والأجر الأخروي لمن يقوم بها، أو المكافأة الدنيوية لمن يُقْدِمُ عليها. والمؤيد الذي من هذا النوع هو مؤيد اختياري وطوعي بدافع ذاتي، وباعث شخصي، ومراقبة قلبية.

فمن الترغيب في الأجر والثواب؛ قوله تعالى: (مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا) [الأنعام: من الآية160]. وقوله سبحانه: (مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنْبُلَةٍ مِائَةُ حَبَّةٍ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) [البقرة:261].

وما أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما، واللفظ لمسلم، عَنِ ابْنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ فِيمَا يَرْوِي عَنْ رَبّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى، قَالَ: "إِنّ الله كَتَبَ الْحَسَنَاتِ وَالسّيّئَاتِ. ثُمّ بَيّنَ ذَلِكَ؛ فَمَنْ هَمّ بِحَسَنَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا كَتَبَهَا الله عِنْدَهُ حَسَنَةً كَامِلَةً، وَإِنْ هَمّ بِهَا فَعَمِلَهَا كَتَبَهَا الله عَزّ وَجَلّ عِنْدَهُ عَشْرَ حَسَنَاتٍ إِلَى سَبْعِمِائَةِ ضِعْفٍ إِلَى أَضْعَافٍ كَثِيرَةٍ. وَإِنْ هَمّ بِسَيّئَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا كَتَبَهَا الله عِنْدَهُ حَسَنَةً كَامِلَةً، وَإِنْ هَمّ بِهَا فَعَمِلَهَا، كَتَبَهَا الله سَيّئَةً وَاحِدَةً".

ومن الترغيب في المكافأة الدنيوية؛ التنفيل المشروع في الجهاد، وهو حق الأمير أو قائد الجيش في أن يعلن للجند أن من قتل قتيلا من الأعداء فله سلبه، ترغيبا للجند في الاستماتة في القتال وتقوية لعزائمهم، كما فعل النبي ﷺ في غزوة حنين، وحدث به أبو قتادة رضي الله عنه فيما أخرجه مسلم في صحيحه.

ومن هذا أيضا؛ الطريقة التي أوجبها الإسلام في الزكاة على المواشي، إذ أخذ فيها بطريقة النسبة النازلة، لما في تربية المواشي من مشقة ونفع عام يقتضيان التشجيع عليها، فخفف الواجب إخراجه بنسبة تتناسب عكسا مع كثرة ما يقتنيه الشخص منها، إلى أن تثبت الزكاة على نسبة واحدة فيما بعد بالقدر الذي يستطيع الشخص العادي اقتناءه والعناية بتربيته.

ب ـ مؤيّدات ترهيبية؛ وهي الزواجر التي تمنع الناس من مخالفة الشرع الحكيم عن طريق التهديد والوعيد والتلويح بالعقاب لمن يخالف حكم الله، أو يخرج عن جادة الصواب، أو يخاطر بارتكاب المحرمات، أو يأبى تنفيذ الواجبات. وهذه المؤيّدات الترهيبية إما أخروية وإما دنيوية، كما سبق، ويقتصر الفقه على المؤيّدات الدنيوية الترهيبية.

أنواع المؤيدات الدنيوية الترهيبية:

تنقسم المؤيّدات الدنيوية الترهيبية إلى نوعين:

الأول: مؤيّدات مدنية، وتتمثل في الأحكام التي تتضمن حرمان الشخص من النتائج التي يقصدها من وراء تصرفه، فيخسر الثمرات التي يريد أن يجنيها من فعله، ويُعدّ عمله لغواً لا يعترف به الشارع، ولا يتمتع بحماية السلطة والتشريع. ولا يستطيع الفاعل المتصرف أن يطالب غيره بالنتائج والآثار أمام القضاء والدولة، وإن طالبه بحقوقه من التصرف فيحق للثاني الامتناع عن التنفيذ لوجود خلل ومخالفة في التصرف.

والنوع الثاني: مؤيّدات تأديبية، وهي الأحكام التي ترتب عقوبات تُنْزَلُ بالفاعل الذي يسمى جانياً، أو مذنباً؛ زجراً له، لارتكابه محظوارت شرعية نهى عنها الشارع، بأن يعتدي مثلاً على غيره، في ماله ودمه وعرضه، أو يعتدي على حق من حقوق الأمة والمجتمع التي تسمى في العرف الشرعي: حق

الله تعالى، وتسمى قانوناً بالحق العام. فيُعاقب الفاعل على ما جنت يداه لمنعه من الاعتداء مرة ثانية، وليرتدع غيره عن ذلك أيضاً. ومجموع المؤيّدات التأديبية تدخل في إطار نظام العقوبات في الشريعة الإسلامية.

المؤيّدات المدنية وأنواعها:

لقد نظم الشرع الحكيم العلاقات بين الناس، وشَرَعَ العقود التي تقوم على أركان وشروط وأسس محددة، وطلب من الناس التزامها والتقيد بحدودها وصفاتها، ثم بيّن النتائج والآثار (الحقوق والالتزامات) التي تترتب على التصرفات عامة والعقود خاصة.

فإن قام الفرد بالتصرفات والعقود على الأسس المشروعة تحققت النتائج للتصرفات، والآثار للعقود كما رتبها المشرّع.

وإن حاد عن الطريق الشرعي تخلفت النتائج والآثار بحسب الحَيَدَان والانحراف:

أ - فإن كان الاضطراب والمخالفة في جوهر التصرف، بأن كان الخلل في ركن من الأركان، حجب الشارع الآثار نهائياً، وعدّ التصرف لاغياً وباطلاً ولا قيمة له، ووصفه بالبطلان أو بالعقد الباطل الذي لا ينتج أثراً، ولا يحق للشخص التمسك به، ولا يحميه القضاء، بل يقرر إلغاءه وسلخ الآثار الشرعية عنه. فحكم الشرع بإلغاء التصرف هو مؤيد شرعي يسمى "البطلان".

ب - وإن كان الانحراف أو الخطأ في صفة أقل مما سبق، سلب المشرع من الآثار بمقدار هذه الصفة والمخالفة، وكان التصرف أو العقد فاسداً. وحكم الشرع هنا مؤيد شرعي مدني يسمى "الفساد" في نظر علماء الحنفية، أما عند الجمهور فهم يلحقونه بالبطلان، إذ لا يفرقون بينهما من حيث الوصف والآثار.

ج - وإن كانت المخالفة بسيطة ولم تؤثر على صحة العقد وانعقاده؛ بأن كان العاقد فاقدا للولاية على محل العقد، أو الولاية على نوع التصرف، فتتوقف نتائج التصرف على موافقة صاحب الولاية، فإن أجازه نفذ، وإن منعه بطل. ويسمى المؤيد هنا "توقفا"، ويكون التصرف "موقوفا"، كبيع الفضولي، وبيع الصغير المميز.

د - وإن كانت المخالفة بعدم تحقيق التوازن بين حقوق المتعاقدين المتقابلة، فيعطى المتضرر حق الخيار في فسخ العقد إن شاء. ويسمى هذا المؤيد "تخييرا"، ويوصف العقد بأنه "غير لازم".

وهذا السلب الكلي أو الجزئي لآثار التصرف بسبب الخلل في أركانه أو شروطه أو مقوماته وصفاته هو المؤيد المدني للأحكام الشرعية المدنية لضمان تنفيذها والالتزام بها.

المؤيّدات التأديبية وهي نظام العقوبات في الشريعة:

العقوبات في الشريعة مؤيدات شرعية لضمان تطبيق الأحكام الشرعية التي أمر الله تعالى بها، أو لضمان اجتناب المحرمات التي نهى الشارع عنها؛ فتشريع العقوبات والنص عليها قبل الفعل موانع، وبعده زواجر، وهي مؤيّدات شرعية لحفظ الحقوق والأنفس والأموال وتطبيق الأحكام. ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي ضرباً من العبث، وتفقد قيمتها ومسوغ وجودها. ولذلك يعرّف الماوردي الجرائم، فيقول: "هي محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير".

فالعقوبات مؤيّدات شرعية لحماية الأحكام، ولضمان تطبيقها وعدم الاعتداء عليها أو الخروج عنها، ليتم التنفيذ العملي للشرع في الحقوق والواجبات.

وتختلف المؤيّدات التأديبية بحسب جسامة الجريمة، وفداحة العدوان، ونسبة المخالفة؛ لتحقيق العدالة والردع والإصلاح. حيث تتنوع العقوبة إلى:

أ – بدنية؛ كالقتل والجلد.

ب - ومالية؛ كالدية والغرامة والمصادرة والكفارات.

ج - وحاجزة للحرية؛ كالحبس والنفي.

د - ونفسية أو معنوية؛ كالتوبيخ والتسريح من العمل واللوم والتهديد.

وقد تكون من نوعين فأكثر في آن واحد؛ كالدية والكفارة والتعزير في القتل الخطأ.

والحكمة من تشريع العقوبات عامة: زجر الناس وردعهم عن اقتراف الجرائم الموجبة لها، وصيانة المجتمع عن الفساد، وتخليص الإنسان من آثار الخطيئة، وإصلاح الجاني.

تقسيم العقوبات:

قسمت العقوبات عدة تقسيمات باعتبارات متعددة، كما يلي:

أولا: تقسيم العقوبات باعتبار النص عليها أو عدم النص عليها:

قسمت بهذا الاعتبار إلى نوعين:

النوع الأول: عقوبات نص عليها القرآن والسنّة، وهي التي حدّدها الشارع وقدّرها بالنص الصريح ورتبها على جرائم معينة، ولم يترك لولاة الأمر مجالا للتصرف في أنواعها ومقاديرها، وتسمى عقوبات نصية، كما تسمى عقوبات مقدرة أي التي قدرها الشارع، وتسمى عقوبات محددة أي حدد الشارع مقدارها بالنص. وهي نوعان:

أ ـ **عقوبة مقدرة شرعاً لا يدخلها العفو**، وهي الحدود (حد السرقة، وحد الزنى، وحد الشرب، وحد القذف، وحد قطع الطريق، وحد الردة). وسُميت هذه حدوداً لأنها تحد، أي تمنع، من إتيان ما جُعلت عقوبات فيها. وسُميت حدوداً، كذلك، لأنها نهايات نهى الله عن تعديها، فكأن حدود الشرع فصلت بين الحلال والحرام، فمنها ما لا يُقرب، كالفواحش المحرمة، وفيها ورد قوله تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَقْرَبُوهَا) [البقرة: 187]، ومنها ما لا يُتعدى كالمواريث المعينة، والزواج من أربع، قال تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [البقرة: 229].

ب.عقوبة مقدَّرة شرعاً يدخلها العفو، وهي القصاص.

فحد السرقة منصوص عليه في قوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) [المائدة: 38].

وحد القذف دل عليه قوله عز وجل: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) [النور: 4]. وقد قاس عليه الصحابة حد شرب الخمر، فعَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيلِيِّ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اسْتَشَارَ فِي الْخَمْرِ يَشْرَبُهَا الرَّجُلُ، فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ: "نَرَى أَنْ تَجْلِدَهُ ثَمَانِينَ، فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ، وَإِذَا سَكِرَ هَذَى، وَإِذَا هَذَى افْتَرَى"، أَوْ كَمَا قَالَ، فَجَلَدَ عُمَرُ فِي الْخَمْرِ ثَمَانِينَ. [الموطأ].

وحد الزنا منصوص عليه في قوله سبحانه: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ) [النور: 2]. وجاء في السنة أن هذه العقوبة للبكر، أما الزاني المحصن فحده الرجم حتى الموت، حيث قال النبي ﷺ كما في حديث عبادة بن الصامت: "خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم" [رواه مسلم وأبو داود والترمذي].

وحد قطع الطريق، نص عليه سبحانه وتعالى في قوله: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ) [المائدة: 33].

وحد المرتد الذي يكفر بعد إسلامه فيجب قتله بعد أن يستتاب فإن تاب وإلا قتل، منصوص عليه في قوله ﷺ : «من بدل دينه فاقتلوه» [رواه الإمام البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما].

والقصاص منصوص عليه في قوله عز وجل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ. وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) [البقرة: 178-179].

والحكمة من النص على هذه العقوبات؛ أن أسبابها الموجبة لها هي عادة جرائم خطيرة تُلحق بأسس المجتمع الأضرار والمفاسد، وتمس مقاصد الشريعة وأهدافها العامة، ثم إن هذه الجرائم صورها

ثابتة وهي مما تأباها الفطرة البشرية وتنفر منها في كل زمان ومكان، فهي تعتبر عند جميع الناس جرائم تدل على تمكن الشر من نفوس فاعليها، ولذلك نص الشارع على عقوباتها وحددها وقدرها، لأن صورها لا تتغير بتغير الأزمان واختلاف الأمكنة وتبدل الأشخاص.

وليس في هذه العقوبات قسوة أو تنكيل وتعذيب للمجرم كما يزعم بعض الناس؛ لأن هذه الجرائم الموجبة لها خطيرة تهز كيان المجتمع، ولأنها أنسب عقوبة لزجر المجرم وأمثاله، وأقمع للجريمة ومطاردة المجرمين، وأدعى لتحقيق أمن المجتمع واستقراره.

والنوع الثاني: عقوبة تفويضية؛ وهي التي لم يرد نص شرعي فيها، وإنما ترك الشارع تقديرها إلى أولياء الأمر من الخلفاء والحكام والقضاة ومجالس الشورى والنواب والأمة، ولذلك تسمى تفويضية، أو غير نصّية، أو غير مقدرة، أو غير محددة، وتُجمع تحت الاصطلاح الشرعي "التعزير".

فالعقوبات غير المقدرة أو التعزيرات؛ هي العقوبات المشروعة على كل معصية أو منكر أو إيذاء لا حَدَّ فيه، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة، وسواء أكانت الجريمة انتهاكاً للحرمات الدينية والاجتماعية؛ كالأكل في نهار رمضان بغير عذر، وترك الصلاة، وطرح النجاسة في طريق الناس، والاستهزاء بالدين، والإخلال بالآداب العامة، أو كانت اعتداء على حق شخصي كأنواع السب والشتم والضرب والإيذاء بأي وجه، والغش والتزوير والاحتيال ونحوها.

وقد فوض الشرع إلى أولياء الأمر ترتيبَ وتقديرَ العقوبة في كل جريمة من هذا النوع بحسبها، تبعا لاختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي. فمن الناس من ينزجر بالتنبيه والزجر اليسير، ومنهم من لا يكفيه ويكفه إلا العقاب الكثير. ومن ثم كان للحاكم أن يعاقب على الفعل الواحد بعقوبات متفاوتة بحسب تفاوت الأشخاص ودرجة تأثرهم بالعقاب. ويكون التعزير بكل ما يراه الحاكم مناسبا من أنواع العقوبات المشروعة، وهي التي فيها تأديب بلا تعذيب؛ من جلد وحبس ونفي وتغريم مالي، ونحو ذلك مما يراه الحاكم رادعاً للشخص بحسب اختلاف حالات الناس، ويمكن أن تصل العقوبة إلى القتل سياسة كما قرر فقهاء الحنفية والمالكية.

والتعزير مفوَّض للدولة في كل زمان ومكان، فإنها تضع للقضاة أنظمة يطبقونها بحسب المصلحة.

ولا مانع شرعاً من تقنين العقوبات التعزيرية، بجانب الحدود والقصاص على النحو المعروف الآن. ويعد التعزير قاعدة مرنة صالحة للتطبيق في كل عصر بما يحقق المصلحة أوالمقصود من العقوبة.

مقارنة بين الجرائم النصية والجرائم التعزيرية والعقوبات المقررة لكل منهما:

يتضح مما سبق أن هناك وجه شبه بين جرائم التعزير وجرائم الحدود، وأن هناك أوجه خلاف بين كل منها. فوجه الشبه بينها أن كلاً منها يستوجب التأديب والإصلاح والزجر.

وأوجه الخلاف بينها من جهة أولى؛ أن جرائم التعزير ليس فيها عقوبة مقدرة، وإنما أمرها مفوض إلى الإمام، أما جرائم الحدود فقد جاءت العقوبة فيها مقدرة معينة.

ومن جهة ثانية؛ فإن معيار العقوبة، في جرائم التعزير، معيار مرن يستطيع القاضي، إزاءه، أن يراعي الظروف المادية والشخصية الموجودة في الدعوى المطروحة أمامه. أما جرائم الحدود فمعيار العقوبة فيها معيار مادي بحت، لا أثر فيه للظروف الشخصية والمادية الموجودة في الدعوى، إلا في إطار ما يعتبر عذرا شرعيا، أو حالة فقد للاختيار.

ومن جهة ثالثة؛ يجوز توقيع العقوبة المقررة لجرائم التعزير على الصبي، لأنه تأديب والتأديب للصبي جائز، إذا ثبت اقترافه لأي فعل مكون لجرم تعزيري. أما عقوبة جرائم الحدود فلا يصح توقيعها على الصبي؛ لأن البلوغ شرطٌ أساسٌ لتوقيعها .

ومن جهة رابعة؛ فإن التعزيز إذا كان في حق من حقوق الله تعالى، تجب إقامته كقاعدة، لكن يجوز فيه العفو عن العقوبة والشفاعة، إن رئي في ذلك مصلحة، أو كان الجاني قد انزجر دونه. وإذا كان التعزيز يجب حقاً للأفراد، فإن لصاحب الحق أن يعفو. أما جرائم الحدود فليس لأحد مطلقاً إسقاط عقوبتها.

ومن جهة خامسة؛ يصح تجزئة العقاب في الجرائم التعزيرية، إذا كان معهوداً في نوع من الذنوب. أما جرائم الحدود فلا يصح تجزئة العقوبة فيها، بأي حال من الأحوال.

ومن جهة سادسة؛ فإن التلف الذي ينشأ عن تنفيذ عقوبة تعزيرية، يرى الشافعي ضمانه، خلافاً لأبي حنيفة ومالك وأحمد، فإنهم يرون أنه لا يجب ضمان التلف الناشئ عن تنفيذ عقوبة تعزيرية؛ لمشروعية عقوبته للردع والزجر؛ لأنه مأمور بالتعزير، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة. أما التلف الذي ينشأ عن تنفيذ العقوبة في جريمة حدية فهو هدر، وغير واجب الضمان.

ومن جهة سابعة؛ فإن التعزير بالعقوبات المالية مشروع في بعض الأمور التعزيرية. أما في الجرائم الحدية فغير مشروع.

ومن جهة ثامنة؛ فإن العقوبة في الجرائم التعزيرية، لا تُدرأ بالشبهة. أما العقوبة في الجرائم الحدية فتُدرأ بها .

ثانيا: تقسيم العقوبات باعتبار الحق المعتدى عليه:

قسمت بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: عقوبات لحماية حقوق الله تعالى؛ وهي عقوبات الحدود والكفارات. والمقصود بحقوق الله عز وجل؛ الحقوق التي يتعلق نفعها بالمجتمع ككل أو بجميع الناس في المجتمع، وقد نسبت لله تعالى تعظيما لها واهتماما بشأنها، وتسمى أيضا حقوق المجتمع أو الحقوق العامة.

النوع الثاني: عقوبات لحماية حقوق العباد؛ وهي عقوبات القصاص والديات، لأن الاعتداء يقع على حق الشخص المعتدى عليه، فشرع كل من القصاص والدية حماية لحقه، وصيانة لحقوق غيره من الأفراد.

النوع الثالث: عقوبات لحماية حقوق الله وحقوق العباد؛ وهي التعازير، وذلك أن أكثر الحقوق تتعلق بحق الله وحقوق العباد، وأن حق الله فيها هو تطبيق أحكامه وتنفيذ شرعه ورعاية المصالح العامة، وأن حقوق العباد في هذه العقوبات تتجلى في حماية مصالحهم في الدنيا والآخرة.

ثالثا: تقسيم الحدود بحسب جسامة العقوبة وشدتها؛ حيث يرتبط ذلك بجسامة الجريمة وخطورتها، وقد قسمت بهذا الاعتبار إلى أربعة أنواع:

النوع الأول: عقوبات الحدود: وهي عقوبات مقررة على الجرائم الخطيرة التي تمس كيان المجتمع، وتهدد مقاصد الشريعة، وتهدم الضروريات الأساسية للحياة.

النوع الثاني: عقوبات القصاص والدية: وهي العقوبات المقررة للجرائم الواقعة على النفس أو أحد الأعضاء في الجسم. وهي خمس:

1ـ القتل العمد. 2ـ القتل شبه العمد.

3ـ القتل الخطأ. 4 و5ـ الجناية على ما دون النفس عمداً أو خطأ.

ولابد لتطبيق العقوبات في هذه الجرائم من الدعوى الصادرة من المجني عليه أو وليه، ويصح العفو عن الجاني من قِبَلِ المجني عليه أو وليه، وتجوز فيها الشفاعة، والتقادم لا يمنع من الشهادة فيها.

النوع الثالث: عقوبات التعزير: وهي العقوبات المفوَّضة لولي الأمر نوعا ومقدارا، وذلك في جميع أنواع الجرائم والأعمال الممنوعة التي تستوجب الزجر والتأديب، غير موجبات الحدود والقصاص.. وقد سبق بيانها عند الحديث عن العقوبات التفويضية.

النوع الرابع: عقوبات الكفارة: (وتتمثل في العتق، أو الإطعام للمساكين، أو الكسوة لهم، أو الصيام). وهي عقوبات دينية أو ديانية مقررة لبعض جرائم القصاص والدية وبعض جرائم التعزير، وهي: إفساد الصوم، إفساد الإحرام في الحج، الحنث في اليمين، الوطء في الحيض، الوطء في الظهار، القتل.

وقد تضافرت نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية على بيان المعاصي والمنكرات وتفصيل العقوبات المقررة في الدنيا على الأشخاص. ولا يُقبل شرعاً من أي مسلم أومسلمة الاعتذار بالجهل بأحكام الشريعة، وعليه أن يتعلم القدر الضروري منها، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «طلب العلم فريضة على كل مسلم» [أخرجه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله]، ويعد التقصير في التعليم والتعلم جريمة مستوجبة للتعزير.

نظرية الحق(*)

الفرع الأول: تعريف الحق وأركانه:

أ ـ تعريف الحق:

لغة: يطلق على معان منها: الثبوت والوجوب والظهور، كما في قوله تعالى: ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَىٰ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾ [يس: 7]، أي ثبت ووجب. وقوله عز وجل: ﴿لِيُحِقَّ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ﴾ [الأنفال: 8]؛ أي يُظهر.

ويسمى النصيب المحدد حقا، كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ، لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾ [المعارج: 24-25].

ويطلق الحق أيضا على العدل في مقابلة الظلم، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ ۖ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ لَا يَقْضُونَ بِشَيْءٍ ۗ إِنَّ اللَّهَ هُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ﴾ [غافر: 20].

أما في اصطلاح الفقهاء، فقد عرفه الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله بأنه: "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا".

(اختصاص) أي: أن الحق هو علاقة اختصاصية بشخص معين أو بفئة؛ إذ لا معنى للحق إلا عندما يُتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره؛ فالثمن مثلا يختص به البائع. وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها، وإنما هي من قبيل الإباحات العامة كالاصطياد والاحتطاب، فلا تعتبر حقاً، وإنما هي رخصة. ولكن إذا مُنح إنسانٌ امتيازاً باستثمار شيءٍ من هذه المباحات فانحصر به يصبح ذلك حقا له.

(يقرر به الشرع) أي: أن منشأ الحق في نظر الشريعة هو إرادة الشرع، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل يدل عليه؛ فما اعتبره الشرع حقاً كان حقاً، وما لا فلا.

(سلطة أو تكليفا)؛ لأن الحق تارة يتضمن سلطة، وتارة يتضمن تكليفا.

والسلطة نوعان: السلطة على شخص كحق الحضانة. والسلطة على شيء معين كحق الملكية.

(*) ـ يُنظر:
المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، للشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله، الصفحات: 7-48.
الفقه الإسلامي وأدلته، للشيخ الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله، ج4، الصفحات: 2837-2874.
الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة (حق)، ج 18، الصفحات: 7-47.
الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور محمد فتحي الدريني.
نظرية الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور أحمد محمود الخولي.

أما التكليف فهو التزام على إنسان، وهو: إما التزام مالي كوفاء الدين، وإما التزام شخصي كقيام الأجير بعمله.

والحق في الشريعة الإسلامية يستلزم واجبين:

واجب عام على الناس باحترام حق الشخص وعدم التعرض له.

وواجب خاص على صاحب الحق بأن يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين.

ب ـ أركان الحق:

للحق ركنان: صاحب الحق، ومحل الحق.

الركن الأول: صاحب الحق:

وهو الله تعالى في الحقوق الدينية. والشخص الطبيعي (الإنسان) أو الاعتباري (كالشركات والمؤسسات) في الحقوق الأخرى، الذي له أن يمارس سلطته على محل الحق.

الركن الثاني: محل الحق:

وهو ما يتعلق به الحق ويَرِدُ عليه، وهو:

1- إما الشيء المعين، كالْفرائض الْخمْس في حقّ الله تعالى. والْمال حقيقةٌ؛ كالْقدْر الْمقْبوض من الْمهْر، وهو معجّل الصّداق، أوْ حكْمًا؛ كالْقدْر الْمؤخّر من الْمهْر لأقْرب الأُجليْن، وكذا سائر الدّيون.

2- وإما أن يكون قياماً بعمل (كأداء الدين أو الثمن)، أو امتناعاً عن عمل (كالامتناع عن الإضرار بالجار، والامتناع عن استعمال الوديعة أو الأمانة)، كما في الحق الشخصي.

ويُشْترط في الشّيْء الْمسْتحقّ لصاحب الْحقّ أنْ يكون غيْر ممْنوعٍ شرْعًا، لأنّ الأْصْل في الأْشْياء الإْباحة شرْعًا إلاّ ما نهى الشّرْع عنْه، فإذا كان الشّيْء غيْر مشْروعٍ فلا يكون حقًّا، وليْس لصاحب الْحقّ الْمطالبة بما هو غيْر مشْروعٍ، مثْل: تمْكين الزّوْج من الاسْتمْتاع بزوْجته فإنّه حقٌّ مشْروعٌ، ولكنّه ليْس مشْروعًا دائمًا في كلّ وقْتٍ، لأنّه ليْس مشْروعًا في حال الْحيْض، قال الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [البقرة: 222].

الركن الثالث: ويضاف للحق الشخصي ركن ثالث وهو المَدِين أو المكلف بالحق، وهو قد يكون معينا فردا أو جماعة كالمدين بالنسبة إلى الدَّيْن، أو غير معين كالواجبات العامة المكلف بها جميع الناس باحترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها.

الفرع الثاني: تقسيمات الحق:

قسم الفقهاء الحق عدة تقسيمات باعتبارات متعددة، كما يلي:

أولا: تقسيم الحق باعتبار صاحبه:

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع: حق الله، وحق الإنسان، وحق مشترك وهو ما اجتمع فيه الحقان ولكن قد يغلب فيه حق الله وقد يغلب حق الإنسان.

أ- **حق الله:**

هو ما قُصِدَ به التقربُ إلى الله تعالى وتعظيمُه وإقامةُ شعائر دينه (كالصلاة)، أو تحقيقُ نفع عام للمجتمع منْ غيْر اخْتصاصٍ بأحدٍ وإنّما هو عائدٌ على مجْموع الأفْراد والْجماعات (كالْحدود والزّكوات والْكفّارات). ويُنسب إلى الله تعالى؛ لعِظَمِ خطره وشمول نفعه، أوْ لئلاّ يخْتصّ به أحدٌ على سبيل الاستئثار، كحُرْمة الْبيْت الْحرام الّذي يتعلّق به مصْلحة الْعالم، وذلك باتّخاذه قبْلةً لصلواتهمْ، ومثابةً لهمْ.

وله أحكام تختص به، وهي:

1- حقوق الله سبْحانه وتعالى؛ سواءٌ أكانتْ عباداتٍ كالصّلاة والزّكاة، أمْ كانتْ عقوباتٍ كالْحدود، أمْ كانتْ متردّدةً بيْن الْعقوبة والْعبادة كالْكفّارات، أمْ غيْر ذلك من الْحقوق الّتي تثْبت للْعبْد بصفةٍ ذاتيّةٍ بمقْتضى الشّريعة كحقّ الْولاية على الصّغير، وحقّ الأْبوّة، والأْمومة، وحقّ الابْن في الأْبوّة والنّسب، هذه الْحقوق لا تقْبل الإْسْقاط أو التنازل أو التغيير منْ أحدٍ من الْعباد، لأنّه لا أحد يمْلك الْحقّ في ذلك. فلا يسقط حد السرقة بعفو المسروق أو صلحه مع السارق بعد بلوغ الأمر إلى الحاكم، ولا يسقط حد الزنا بعفو الزوج أو غيره أو إباحة المرأة نفسها.

2- وما دامتْ حقوق الله تعالى لا تقْبل الإْسْقاط من الْعباد فلا يجوز الاعْتياض عنْ إسْقاطها، فلا يصحّ أنْ يصالح أحدٌ سارقًا أوْ شاربًا للْخمْر ليطْلقه ولا يرْفعه للسّلْطان لأنّه لا يصحّ أخْذ الْعوض في مقابلته.

3- حقوق الله لا تورث؛ فلا يجب على الورثة أداء أو قضاء ما فات مُورِّثَهم من عبادات إلا إذا أوصى بذلك، كما لا يُسأل الوارث عن جريمة المُوَرِّث.

4- يجري التداخل في العقوبات المتعلقة بحقوق الله؛ لأن المقصود من العقوبة هو الزجر والردع ويتحقق بذلك، فمن زنى مرارا أو سرق مرارا ولم يعاقب في كل مرة، فيُكتفى بمعاقبته عقوبة واحدة. هذا إذا كانت الجنايات المتكررة من جنس واحد، أما إذا تعددت الجنايات ولم تكن من جنس واحد؛ فإن كانت عقوبة إحداها القتل سقط ما دون القتل، وإن لم يكن فيها قتل وجب ما عداه من عقوبات، فإذا زنى غير محصن وشرب وسرق فإن الحدود كلها تقام عليه، فيجلد مائة للزنا وثمانين للشرب وتقطع يده للسرقة.

5- استيفاء عقوبات الجرائم الماسة بحقوق الله إنما يكون للحاكم؛ فهو الذي يؤدب على ترك العبادات أو التهاون بشأنها، وهو الذي يقيم الحدود والتعزيرات على العصاة، ولا يجوز للأفراد أن يقوموا مقام الإمام في ذلك، منعاً من الفوضى وتثبتاً من وقوع الجريمة فعلا.

و**حقوق الله تعالى** الْخالصة كما حصرها الإمام البزدوي من الحنفية **ثمانية أنْواعٍ**:

1 - عبادةٌ خالصةٌ، مثْل: الإيمان، والصّلاة، وصوْم رمضان، وهي واجبةٌ على الْمكلّف الْبالغ الْعاقل. وكذلك زكاة الْمال - عنْد الْحنفيّة - عبادةٌ خالصةٌ، لأنّها قرنتْ بالصّلاة والصّوْم وعدّتْ منْ أرْكان الإسْلام، قال ﷺ: «بني الإسْلام على خمْسٍ: شهادة أنْ لا إله إلاّ الله وأنّ محمّدًا رسول الله، وإقام الصّلاة، وإيتاء الزّكاة، والْحجّ، وصوْم رمضان» [متفق عليه].

2 - عبادةٌ فيها معْنى الْمئونة، مثْل: صدقة الْفطْر، وكذلك زكاة الْمال، عنْد جمْهور الْفقهاء. والْمئونة هي الْوظيفة المالية الّتي تعود بالنّفْع الْعامّ على الْفقراء والْمساكين وغيْرهمْ من الْمسْتحقّين في قوْله عزّ وجلّ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ ۖ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: 60]. وإنّما كانتْ صدقة الْفطْر فيها معْنى الْمئونة، لأنّها وجبتْ على الإنْسان بسبب نفْسه وبسبب غيْره، وهم الأشْخاص الّذين يموّنهمْ ويلي عليْهمْ، ولكوْنها وجبتْ على الْمُخْرج بسبب الْغيْر لمْ تكنْ عبادةً خالصةً، وإنّما كان فيها معْنى الْمئونة، لأنّ الْعبادة الْخالصة لا تجب بسبب الْغيْر. أمّا زكاة الْمال - عنْد جمْهور الْفقهاء - ففيها معْنى الْمئونة، لأنّها وجبتْ على الشّخْص بسببٍ خارجٍ عنْ ذاته، وهو ملكيّته للْمال الْمسْتوْفي لشروط الزّكاة، وشكْرًا لله على بقائه زائدًا عنْ حاجته، وعدم هلاكه. كما أنّ كلًّا منْ زكاة الْمال وصدقة الْفطْر مساعدةٌ للْفقراء والْمساكين وغيْرهمْ منْ مستحقي الزّكاة.

3 - مئونةٌ فيها معْنى الْعبادة، مثْل: زكاة الزّروع والثّمار الْمقدّرة بالْعشْر أوْ نصْف الْعشْر على الزّارع حسب شروطها. وإنّما كانتْ مئونةً، لأنّها وظيفةٌ مقدّرةٌ شرْعًا على نماء الأرْض من الزّروع والثّمار، وتجب بسبب ما يخْرج منْها، اعْترافًا بفضْل الله تعالى، لأنّ الله هو الْمُنْبِتُ والرّازق، حيْث قال عزّ وجلّ: ﴿أَمَّنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَأَنزَلَ لَكُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاء فَأَنبَتْنَا بِهِ حَدَائِقَ ذَاتَ بَهْجَةٍ مَّا كَانَ لَكُمْ أَن تُنبِتُوا شَجَرَهَا أَإِلَهٌ مَّعَ اللَّهِ بَلْ هُمْ قَوْمٌ يَعْدِلُونَ﴾ [النمل: 60].

وإنّما كان فيها معْنى الْعبادة لأمورٍ: منْها: - أنّها وجبت ابْتداءً على الْمسْلم فقطْ، ولمْ تجب ابْتداءً على غيْر الْمسْلم من الزّرّاع، والْعبادة لا يكلّف بها غيْر الْمسْلم.- وأنّها تُعْطى لفئاتٍ معيّنةٍ ممّنْ تسْتحقّ الأخْذ من الصّدقات، ولا يجوز للسّلْطان أنْ يعْطيها للأغْنياء.

4 - مؤونة فيها معنى العقوبة، وهي الخراج الواجب في الأرض الخراجية، وهي التي فتحت بالقوة وأُقر أهلوها عليها، فإنه مؤونة باعتباره ضريبة على الأرض في نظير بقائها في أيدي أهلها والمحافظة عليها من العدوان، وفيه معنى العقوبة لبقاء أصحاب الأرض على حالهم فيها واشتغالهم بها عن الاشتراك في الجهاد.

5 - حقوقٌ دائرةٌ بيْن الْعبادة والْعقوبة وهي الْكفّارات، مثْل: كفّارة الظّهار، وكفّارة الْفطْر في رمضان عمْدًا، وكفّارة الْحنْث في الْيمين، والْكفّارة عقوبةٌ لأنّها وجبتْ جزاءً على الْفعْل الْمحْظور شرْعًا، فالْعقوبة في الْكفّارة منْ جهة الْوجوب. وأمّا الْعبادة في الْكفّارات فهي منْ جهة الأداء، لأنّها تؤدّى ببعْض أنْواع الْعبادات، مثْل: الصّوْم والإطْعام والْعتْق.

6 - عقوبةٌ خالصةٌ وهي الْحدود، مثْل: حدّ السّرقة، وحدّ شرْب الْخمْر، وحدّ الزّنى.

7 - عقوبةٌ قاصرةٌ وهي حرْمان الْقاتل من الإرْث، إذا قتل الْوارث الْبالغ مورثه. وإنّما كانتْ قاصرةً لأنّه لمْ يلْحق الْقاتل ألمٌ في بدنه ولا نقْصانٌ في ماله، بلْ هو مجرّد منْعٍ لثبوت ملْكه في التّركة، فهي ليْستْ عقوبةً كاملةً أصْليّةً، وإنّما هي عقوبةٌ إضافيّةٌ للْعقوبة الأصْليّة للْقتْل.

8 - حقٌّ قائمٌ بنفْسه ثبت لله تعالى ابْتداءً، مثْل: الْخمْس في الْغنائم، قال عزّ وجلّ: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَقَى الْجَمْعَانِ ۗ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الأنفال: 41]. ومثْل: خمس ما يسْتخْرج من الأرْض والْبحار منْ معادن ونفْطٍ وفحْمٍ حجريٍّ وغيْر ذلك. وإنّما كان هذا الْحقّ قائمًا بنفْسه، لأنّه لمْ يتعلّقْ بذمّة شخْصٍ، ولمْ يدْخلْ في ملْكِ شخْصٍ ثمّ أخْرجه زكاةً أوْ صدقةً تبرّعًا، وذلك لأنّ الْجهاد والْقتال في سبيل الله حقٌّ لله تعالى، لأنّه إعْلاءٌ لكلمة الله، ونشْرٌ لدينه، ولمّا كان النّاصر للْمسْلمين هو الله تعالى، حيْث قال عزّ وجلّ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ تَنْصُرُوا اللَّهَ يَنْصُرْكُمْ وَيُثَبِّتْ أَقْدَامَكُمْ﴾ [محمد: 7]، فالْغنائم كلّها حقٌّ لله تعالى، ولكنّ الله هو الّذي جعل للْمحاربين حقًّا في الْغنيمة، حيْث منحهمْ أرْبعة أخْماس الْغنيمة، وبقي الْخمس على ملْك الله، حقًّا له.

ب ـ حق الشخص (أو العبد):

هو ما كان نفْعه مخْتصًّا بشخْصٍ معيّنٍ وقُصد منه حماية مصلحة هذا الشخص، مثْل: حقوق الأشْخاص الْماليّة أو الْمتعلّقة بالْمال، كحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحقّ الدّية، وحقّ اسْتيفاء الدّيْن، وحقّ اسْترْداد الْمغْصوب إنْ كان موْجودًا، أوْ حقّ اسْترْداد مثْله أوْ قيمته إنْ كان الْمغْصوب هالكًا. فتحْريم مال الشّخْص على غيْره حقٌّ لهذا الشّخْص، حتّى يتمكّن منْ حماية ماله وصيانته، ولهذا يمْلك أنْ يحلّ ماله لغيْره بالإباحة والتّمْليك.

وله أحكام، هي:

1- كلّ صاحب حقٍّ لا يُمْنع منْ إسْقاط حقّه إذا كان جائز التّصرّف - بأنْ لمْ يكنْ محْجورًا عليْه - وكان الْمحلّ قابلاً للإسْقاط - بأنْ لمْ يكنْ عيْنًا أوْ شيْئًا محرّمًا - ولمْ يكنْ هناك مانعٌ كتعلّق حقّ الْغيْر به.

2- يجري فيه التوارث؛ فمن سُرق أو غُصب منه ماله ينتقل حق المطالبة به واسترداده إلى ورثته.

3- لا يقبل التداخل؛ فتتكرر فيه العقوبة على كل جريمة على حدة.

4- استيفاؤه منوط بصاحبه أو وليّه، فهو المسؤول أن يرفع أمره إلى الحاكم، وليس لغيره أن يفعل ذلك..

وينقسم حق الشخص باعتبار قبوله الإسقاط من عدمه إلى قسمين:

القسم الأول: الحق القابل للإسقاط:

الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تقبل الإسقاط بخلاف الأعيان، كحق القصاص.

وإسقاط الحق إما أن يكون بعوض أو بغير عوض.

القسم الثاني: الحق الذي لا يقبل الإسقاط:

هناك حقوق لا تقبل الإسقاط على سبيل الاستثناء من الأصل العام المتقدم، وهي ما يلي:

1- الحقوق التي لم تثبت بعد: كإسقاط الزوجة حقها في المبيت والنفقة المستقبَلة.

2- الحقوق المعتبرة شرعا من الأوصاف الذاتية الملازمة للشخص: كإسقاط الأب أو الجدِّ حقَّهما في الولاية على الصغير.

3- الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية: كإسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته.

4- الحقوق التي يتعلق بها حق الغير: كإسقاط الأم حقها في الحضانة.

ج- حق مشترك:

هو الحق الذي يجتمع فيه الحقان: حق الله وحق الشخص، لكن إما أن يغلب فيه حق الله تعالى (كعِدَّة المطلقة) أو حق العبد (كحق القصاص).

وحكمه؛ أن ما يغلب فيه حق الله تعالى يلحق بحق الله، وما يغلب فيه حق الشخص يلحق بحق الشخص.

مثال ما اجْتمع فيه حقّ الله وحقّ الْعبْد ولكنّ حقّ الله غالبٌ: حدّ الْقذْف بعْد تبْليغ الْمقْذوف، وثبوت الْحدّ على الْقاذف؛ فللْعبْد في حدّ الْقذْف حقٌّ لأنّ الْمقْذوف بالزّنى قد اتُّهِم في عرْضه ودينه. ولله فيه حقٌّ، لأنّ الْقذْف بالزّنى مساسٌ بالأْعْراض علنًا، ممّا يؤدّي إلى شيوع الْفاحشة، وانْتشار الأْلْفاظ الْمخلّة بالأْداب. وغلب حقّ الله تعالى لكيْ يتحتّم إقامة الْحدّ على الْقاذف، لاعْتدائه على الْمجْتمع وعلى الْمقْذوف، ولكيْ يمْنع الْمقْذوف من التّنازل عنْ حقّه، أو الصّلْح عليْه، أوْ تولّي تنْفيذ الْحدّ بنفْسه.

ومثال ما اجْتمع فيه حقّ الله وحقّ الْعبْد لكنّ حقّ الْعبْد غالبٌ: الْقصاص من الْقاتل عمْدًا عدْوانًا، فللّه فيه حقٌّ، لأنّه اعْتداءٌ على الْمجْتمع، واعْتداءٌ على مخْلوق الله وعبْده الّذي حرّم دمه إلاّ بحقٍّ. وللْعبْد

في الْقصاص حقٌّ، لأنّ الْقتْل الْعمْد اعْتداءٌ على شخْصه، لأنّ للْعبْد الْمقْتول في نفْسه حقّ الْحياة وحقّ الاسْتمْتاع بها فحرمه الْقاتل منْ حقّه، وهو اعْتداءٌ على أوْلياء الْمقْتول لأنّه حرمهمْ منْ رعاية مورثهمْ واسْتمْتاعهمْ بحياته. فكان الْقتْل الْعمْد اعْتداءً على حقّ الله وحقّ الْعبْد، ولذلك كان في شرْعيّة الْقصاص إبْقاءٌ للْحقّيْن، وحماية للمجتمع من الْفساد، تصْديقًا لقوْل الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 179]. لكن غلب حقّ الْعبْد، لأنّ وليّ الْمقْتول يمْلك رفْع دعْوى الْقصاص أوْ عدم رفْعها، وبعْد الْمطالبة بالْقصاص والْحكْم على الْجاني الْقاتل يمْلك التّنازل عنْه والصّلْح على مالٍ أو الصّلْح بغيْر عوضٍ، كما يمْلك تنْفيذ حكْم الْقصاص على الْقاتل إنْ أراد ذلك وكان يتْقن التّنْفيذ، ولا يجوز ذلك إلاّ بإذْن الْحاكم، لئلاّ يفْتات عليْه، فلوْ فعل وقع الْقصاص موْقعه واسْتحقّ التّعْزير.

ثانيا: تقسيم الحق باعتبار التحديد والتقدير وعدمه:

تنْقسم الْحقوق باعْتبار التّحْديد والتّقْدير وعدمه إلى ثلاثة أقْسامٍ: حقٌّ محْدودٌ، وحقٌّ غيْر محْدودٍ، وحقٌّ مخْتلفٌ فيه.

الْقسْم الأوّل: الْحقّ الْمحْدود:

وهو الْحقّ الّذي بيّن الشّرْع أو الالْتزام أنّه مقدّرٌ. مثْل: الْفرائض الْخمْس في الصّلاة، وصوْم رمضان، والْمقادير الْواجب إخْراجها في الزّكاة حسب أنْواعها، وذلك في الْعبادات. أمّا في الْمعاوضات الْماليّة، فمثْل: أثْمان الْمشْتريات في الْعقود، وقيم الْمتْلفات.

للْحقّ الْمحْدود الْمقْدار أحْكامٌ منْها:

1- أنّه مطْلوب الأداء.

2- يتعلّق بذمّة منْ عليْه أداء الْحقّ، وذلك بمجرّد وجود سببه، ويصير ديْنًا في ذمّته.

3- لا تبْرأ الذّمّة منْه إلاّ بأداء الْمقْدار الْمحدّد، على الْوجْه الّذي عيّنه الشّرْع أو الالْتزام وبيّنه، لأنّ التّحْديد مشْعرٌ بقصْد الشّارع أو الالْتزام.

4- لا يسْقط عنْد عدم الأداء بالسّكوت أوْ بمضيّ الْمدّة الطّويلة.

5- يؤدّى عن الْمدّة السّابقة.

6- لا يتوقّف ثبوته على الرّضا أوْ حكْم الْقاضي أو الْمصالحة، لأنّه محدّدٌ منْ قبْل منْ جهة الشّرْع أو الالْتزام.

7- حكْم الْقاضي به مظْهرٌ للْحقّ لا مثْبتٌ له، لأنّه ثابتٌ منْ وقْت تحْديده على الْمكلّف.

8- لا يسْقط هذا الْحقّ عنْد عدم الأداء إلاّ بدليلٍ شرْعيٍّ في حقّ الله، مثْل: سقوط الصّلاة عن الْحائض، أمّا في حقّ الشّخْص فيسْقط بإبْراء الذّمّة.

الْقسْم الثّاني: الْحقّ غيْر الْمحْدود:

هو الْحقّ الّذي لمْ يعيّن الشّرْع أو الالْتزام مقْداره، مع وجود التّكْليف به. مثْل: الصّدقات، والإنْفاق في سبيل الله، والإنْفاق على الأقارب، وإغاثة الْملْهوف، وسدّ حاجة الْمحْتاجين، وغيْر ذلك من الْحقوق الّتي لمْ تحدّدْ، وذلك لتعذّر تحْديد هذه الْحقوق بالنّسْبة لظروف كلّ حقٍّ، حيْث تخْتلف الْمقادير الْمطْلوبة حسب الأزْمنة والأمْكنة الْمخْتلفة، وكذلك الْحال بالنّسْبة للأشْخاص - الْمؤدّى له الْحقّ والْمؤدّي - وذلك لأنّ الْمطْلوب أداء الْحقّ على أكْمل وجْهٍ، وهو يخْتلف باخْتلاف كلّ حقٍّ، فترك التّحْديد بادئ ذي بدْءٍ ليتحدّد قدْر الْمطْلوب حسب كلّ حالةٍ على حدةٍ.

ولْلحقّ غيْر الْمحْدود أحْكامٌ منْها:

1- أنّه مطْلوب الأداء.

2- لا يتعلّق بذمّة منْ عليْه الأداء بمجرّد وجود السّبب، ولذلك لا يصير ديْنًا في الذّمّة، لأنّ الذّمم لا يتعلّق بها غيْر الْمحْدود من الْحقوق، وإنّما يتعلّق بالذّمّة الْحقّ الْمحْدود والْمقدّر، ليتيسّر على الْمكلّف الأداء.

3- الْحقّ غيْر الْمحْدود لا يتعلّق بالذّمّة إلاّ بعْد التّحْديد، والتّحْديد يكون بالتّراضي، أوْ بالصّلْح، أوْ بحكْم الْقاضي، لأنّ التّكْليف بقدْر الْحاجة ولذلك لا يتعلّق بالذّمّة إلاّ منْ وقْت التّحْديد.

4- لا يجوز الْمطالبة بالْحقّ غيْر الْمحْدود عن الْمدّة السّابقة للتّحْديد، لأنّ الذّمّة لمْ تكنْ مشْغولةً به.

5- يسْقط الْحقّ غيْر الْمحْدود بمضيّ الْمدّة والسّكوت عن الْمطالبة به.

الْقسْم الثّالث: الْحقّ الْمخْتلف فيه:

هو الْحقّ الّذي أخذ بشبهٍ من الْحقّ الْمحْدود، وبشبهٍ من الْحقّ غيْر الْمحْدود. مثْل: نفقة الزّوْجة، حيْث اخْتلف الْفقهاء في هذا الْحقّ، فذهب الْمالكيّة والشّافعيّة والْحنابلة - على الأظْهر عنْدهمْ - إلى أنّها تثْبت في الذّمّة فلا تسْقط بالإعْسار.

وذهب الْحنفيّة، وهو روايةٌ عن الْحنابلة وغيْرهمْ، إلى أنّ نفقة الزّوْجة لا تثْبت في الذّمّة لأنّها تجب صلةً ومودّةً ما لمْ يفْرضْها الْحاكم، وإذا فرضها الْحاكم تكون محدّدةً فتثْبت في الذّمّة.

ثالثا: تقسيم الحق باعتبار محله:

ينقسم الحق باعتبار محله المتعلق به إلى حق مالي وحق غير مالي، وإلى حق شخصي وحق عيني، وإلى حق مجرد وحق غير مجرد.

أ ـ الحقوق المالية وغير المالية:

الحق المالي: هو ما يتعلق بالمال ومنافعه؛ كحق البائع في الثمن، وحق المشتري في المبيع، وحق الشفعة، وحقوق الارتفاق، وحق الخيار، وحق المستأجر في السكنى.

الحق غير المالي: هو الذي يتعلق بغير المال؛ كحق القصاص، وحق المرأة في الطلاق أو التفريق لعدم الإنفاق، وحق الحضانة، وحق الولاية على النفس، ونحو ذلك.

ب ـ الحقوق الشخصية والعينية:

ينقسم الحق المالي إلى ثلاثة أقسام، هي: شخصي، وعيني، وشبه عيني.

1- الحق الشخصي:

هو مطلب يقره الشرع لشخص على آخر. وعناصره ثلاثة:

1- صاحب الحق.

2- محل الحق؛ وهو إما أن يكون قياما بعمل (كحق البائع في تسلم الثمن)، وإما أن يكون امتناعا عن عمل (كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة).

3- المكلف أو المدين.

إلا أن العلاقة بين طرفي هذا الحق هي المتميزة أو البارزة، دون المحل.

2 ـ الحق العيني:

هو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات. مثل حق الملكية، وحق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل او تحميل الجذوع على الجدار المجاور، وحق احتباس العين المرهونة.

والحق العيني له عنصران:

1- صاحب الحق.

2- محل الحق.

ويتنوع الحق العيني باعتبار أصليته وتبعيته إلى نوعين:

النوع الأول: الحق العيني الأصلي:

هو الذي يقوم بذاته؛ أي لا يستند في وجوده إلى حق آخر، كحق الملكية والارتفاق.

والحق العيني الأصلي يخول صاحبه السلطات الثلاث التالية:

أ- استعمال العين محل الحق.

ب- استغلالها.

ت- التصرف بها.

هذه السلطات الثلاث إذا اجتمعت شرعا في حق عيني كونت فيه أوسع سلطة يمكن أن يكسبها صاحب حق عيني، ولكنها لا تجتمع كلها إلا في حق عيني واحد هو ملكية الشيء، ولذلك توصف الملكية بأنها أوسع الحقوق العينية مدى.

النوع الثاني: الحق العيني التبعي:

هو الذي لا يقوم بذاته بل يستند في وجوده إلى حق آخر، كحق المرتهن في احتباس المال المرهون.

والحق العيني التبعي لا يكون إلا تابعا لدين ومن ثم يسمى حقا تبعيا؛ لأنه تبع لدين فيبقى ببقائه ويسقط بسقوطه.

والحق العيني التبعي لا يخول صاحبه شيئا من سلطات الحق العيني الأصلي؛ لأن غايته توثيق حق شخصي لصاحبه.

هذا ويمكن إجمال الحقوق العينية الأصلية والتبعية في الأنواع التالية:

1- حق الملكية: هو حق يعطي صاحبه سلطة على الشيء تجعل له فيه ولاية ومكنة مطلقة، ويخوله جميع وجوه الاستعمال والانتفاع والاستهلاك ما لم يلزم من ذلك ضرر بالغير، فتقيد حرية المالك بما تقتضيه صيانة حق الغير.

2- حق الانتفاع: وهو متفرع عن حق الملكية، ويشمل حق الاستعمال وحق الاستغلال، لأن كلا منهما منفعة تعود على المالك. وحق الاستعمال قد ينفصل عن حق الاستغلال، كما في الموقوف للسُّكنى، والعقار الموصى بسكناه لشخص أو أشخاص، فإن للموقوف عليه والموصَى له أن يسكنا دون أن يستغلا بالإيجار.

3- حقوق الارتفاق: الارتفاق منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير صاحب الأول؛ كالشرب والمسيل للأراضي، وكالمرور والتعلي. وهذا الحق من قبيل ملك المنفعة، فهي منفعة بين عقارين تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتها، ومالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفِع، ومن هنا تتجلى عينية هذا الحق. وحق الارتفاق في الحقيقة منفعة منتقصة من ملكية العقار المرتفَق به لمصلحة العقار المرتَفَق، وبسبب هذه التبعية العقارية فيها لم تكن مؤقتة بوقت

محدود كغيرها من المنافع، بل تبقى ما بقي العقار إلى أن يتنازل عنها المالك بطريق مشروع. وحق الارتفاق يورث باتفاق المذاهب.

4- حق الارتهان: هو حق للدائن في الاحتفاظ بمال معين للمدين ينشأ عن عقد خاص بينهما يسمى الرهن. فالرهن ينشئ حقا عينيا للمرتهن متعلقا بمالية العين المرهونة لا بذاتها، لأنه يرتكز مباشرة على الاستيثاق بهذه المالية لأجل وفاء الدين.

5- حق الاحتباس: الفرق بين حق الارتهان وحق الاحتباس هو أن الارتهان يكون بعقد خاص يرد عليه مباشرة وقصدا، أما الاحتباس فهو أعم لأنه يكون في حالات عديدة يقر بها الشرع احتباس المال لاستيفاء حق مالي منه. وهذا الاحتباس حق عيني يستطيع صاحبه أن يحتج به تجاه الدائنين كافة، ويمتاز عنهم في استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس مقدما عليهم. مثاله؛ حق البائع في أن يحتبس المبيع عن المشتري إلى أن يؤدي إليه الثمن إذا لم يكن مؤجلا، مع أن المبيع قد انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد.

6- حق الوقف: والوقف هو حبس المال عن التملك لتُصرف منافعه إلى جهة بر. فعقد الوقف ينشئ في المال الموقوف حقا عينيا في احتباسه لمصلحة الجهة الموقوف عليها. إلا أن العقار الموقوف يمكن – استثناء - بيعه استبدالا بإذن القاضي إذا قلت فائدته، وعندئذ تزول وقفية العقار المستبدل به ويحل محله العقار المستبدل.

ثمرات التمييز بين الحقين العيني والشخصي:

الثمرة الأولى: حق التتبع لصاحب الحق العيني دون الشخصي.

حق التتبع هو الحق في اقتفاء عين معينة بذاتها حيثما وجدت للاستيلاء عليها أو لاستيفاء منفعة منها.

وعلى هذا الأساس وضع الفقهاء القاعدة القائلة: (إن دعوى العين لا تُقام إلا على ذي اليد)؛ فلو غصب شخص شيئاً ثم باعه أو غُصِب منه وتداولته الأيدي، جاز لمالكه رفع الدعوى على الحائز الأخير صاحب اليد، وله أن يدعي بضمان قيمته – وهذا حق شخصي - على الغاصب الأول ومن بعدَه من ذوي الأيدي السابقة.

سبب التفرقة: أن الحق العيني متعلق بعين معينة لا بذمة شخصية، والعين يمكن انتقالها من يد إلى أخرى، أما الحق الشخصي فمتعلق بذمة المكلف أو المدين، فلا يسأل عنه غيره إلا بإرادته كما في حالة الكفالة والحوالة.

الثمرة الثانية: لصاحب الحق العيني التبعي حق الامتياز أو الأولوية.

وحق الامتياز هو حق ممنوح لأنواع معينة من الديون أن تُستوفى قبل غيرها؛ إما من جميع أموال المدين، أو من جزء معين من أمواله.

ولا يتحقق هذا الحق إلا عند تزاحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ولأحدها حق التقدم على غيره فيكون لهذا الدين المتقدم حق الأولوية أو حق الامتياز.

وعن هذا قال الفقهاء: إن حق المرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة مقدم على حقوق بقية الدائنين.

أما صاحب الحق الشخصي فليس له حق الامتياز إلا استثناء في أحوال معينة، وهي:

أ- حالة التهمة أو الشك في الحق المزاحم، كما في تقديم ديون الصحة على ديون المرض.

ب- حالة الضرورة، كتقديم نفقات تكفين الميت وتجهيزه على ديونه.

ت- حالة رعاية المصلحة العامة، فتقدم ديون الحكومة على ديون الناس العادية.

الثمرة الثالثة: سقوط الحق العيني بهلاك العين التي هي محله؛ لتعلقه بذاتها.

ثم إذا كان هناك مسؤول عن هذا الهلاك تحول ذلك الحق العيني إلى حق شخصي بضمان القيمة؛ كهلاك المغصوب عند الغاصب.

أما الحق الشخصي فلا يسقط بهلاك أموال المدين به؛ لأنه تكليف غير متعلق في الأصل بمال معين فإذا هلك مال المكلف فإن مالا آخر مما يقتنيه يصلح للوفاء.

الثمرة الرابعة: يتم إسقاط ما يصح إسقاطه من الحقوق العينية بإرادة صاحبه المنفردة. وذلك كالمرتهن؛ فإن له فسخ الرهن وإن أبى الراهن.

وإنما قلنا (ما يصح إسقاطه) لأن من الحقوق العينية ما لا يقبل الإسقاط كحق الملكية.

بخلاف الحق الشخصي؛ فإن إسقاطه بإرادة صاحبه لا بد فيه من موافقة المدين ولو ضِمْنا، وذلك بأن لا يرفض الإسقاط، ولذا كان من أحكام الإبراء (أنه يرتد برد المدين) إذ قد يراه منافيا لمصلحته المعنوية.

3- الحقوق شبه العينية:

في الفقه الإسلامي نوع آخر من الحقوق فيه شيء من العينية وإن لم يكن فيه معناها كاملا، وهو كما يسميه الفقهاء (حق الشخص في أن يتملك)؛ فالحق غير منحصر في الملك بل حق التملك أيضاً حق، كحق الشفعة، وحق المجاهدين في الغنيمة بعد إحرازها.

ففي مثل هذه الحالات أقر الفقهاء لصاحب الحق أن يطالب بالشيء عينا ولو لم يُعتبر ملكا له بعد، وله أيضا أن يتتبعه في الأيدي التي ينتقل إليها.

ومثلُ ذلك؛ حقُّ الدائنين في تركة المتوفى المستغرَقَة بالدَّيْن، حيث يعتبر حقا شبه عيني يسوغهم حق تتبع مال المدين المتوفى واستخلاصه قضاء من الأيدي التي هو فيها. وليس حقهم هذا عينيا محضا؛ لأنه في الأصل حق شخصي متعلق بذمة المدين أثناء حياته، ثم انتقل منذ مرض الموت إلى التعلق بمالية تركته لا بعينها، فللدائنين أن يتملكوا التركة عند عدم إيفاء الدين. والذي يرجح اعتباره شبه عيني لا عينيا؛ أن للورثة أن يفتدوا التركة من الغرماء بدفع جميع الدين، فلا يكون عندئذ للغرماء أن يمتنعوا عن الأخذ ويحتفظوا بالتركة، لأن أصل حقهم إنما هو في ماليتها لا في عينها.

ملاحظات:

1- قد يتعلق بشيء واحد حقان شخصي وعيني، باعتبارين من ناحيتين مختلفين.مثاله: المغصوب؛ فملكية المالك له حق عيني، وأما حقه على الغاصب في أن يُرَدَّ إليه ذلك الشيء المغصوب فهو حق شخصي.

2- انقلاب الحق العيني إلى شخصي وبالعكس: كثيرا ما ينقلب الحق العيني إلى شخصي فينقلب معه حكمه الذي كان ناشئا عن عينيته كما في المغصوب إذا حوله الغاصب إلى صفة أخرى يحدث له بها اسم جديد.. وأما انقلاب الحق الشخصي إلى عيني فهو نادر ويمكن تصويره بما إذا باع المدين لدائنه شيئا بدينه فهنا يسقط الدين وينقلب حق الدائن إلى ملكية العين.

3- قد يختلف الاجتهاد والنظر في اعتبار عينية الحق وشخصيته فينشأ منه اختلاف الفقهاء في الأحكام استنادا إلى اختلاف وجهة نظرهم في صفة الحق. مثاله: إذا مات المشتري مفلسا والمبيع قائم بعينه في تركته والبائع لم يقبض ثمنه؛ فذهب الاجتهاد الشافعي إلى اعتبار حق الأولوية للبائع؛ معتبرا بقاء عينية حقه في المبيع قبل قبض الثمن ما دام قائما في التركة المستغرقة. وذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن للبائع أسوة بالغرماء بلا أولوية؛ معتبرا أن حق البائع انقطع من عين المبيع بعد تسليمه فأصبح شخصيا محضا يتعلق بالثمن في الذمة.

4- حقوق الابتكار:

هذا النوع من الحقوق المالية أوجدته أوضاع الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية الحديثة، ونظمته القوانين العصرية والاتفاقات الدولية، ويسميه بعض القانونيين: الحقوق الأدبية، كحق المخترع والمؤلف وكل منتج لأثر مبتكر فني أو صناعي.

ولهؤلاء المبتكرين حقٌ في أمرين:

الأمر الأول: الجانب المادي: وهو الفائدة المادية التي يستفيدها المبتكر من عمله.

الأمر الثاني: الجانب المعنوي: وهو نسبة العمل إليه.

وحقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعا، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.

والقصد من إقرار هذه الحقوق إنما هو تشجيع الاختراع والإبداع.

ثالثا: تقسيم الحقوق إلى مجردة وغير مجردة:

الحق المجرد: هو الذي لا يترك أثرا بالتنازل عنه صلحا أو إبراء. مثاله: حق الدين، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه، كانت ذمة المدين بعد التنازل هي بعينها قبل التنازل، ولا يترتب على التنازل عن الحق أثر من الآثار. وكذلك حق الشفعة إذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة، كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنازل.

الحق غير المجرد: هو الذي يترك أثرا بالتنازل عنه. مثاله: حق القصاص، فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ويترك فيه أثراً بالتنازل عنه، فيتغير فيه الحكم، فيصير معصوم الدم بالعفو بعد أن كان غير معصوم الدم.

ثمرة هذا التقسيم: الحق غير المجرد يجوز الاعتياض عنه بالمال، فحق القصاص يجوز لولي المقتول أخذ العوض المالي في مقابل التنازل عنه بالصلح.

وأما الحق المجرد، كحق الولاية على النفس، فعلى قولين:

القول الأول: لا يجوز الاعتياض عنه، وهو رأي الحنفية.

القول الثاني: يجوز الاعتياض عنه، وهو رأي الجمهور غير الحنفية.

رابعا: نوعا الحق باعتبار المؤيد القضائي وعدمه:

الحق الدياني: هو الذي لا يدخل تحت ولاية القضاء، فلا يتمكن القاضي من الإلزام به لسبب من الأسباب كعجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء. وإنما يكون الإنسان مسؤولا عنه أمام ربه وضميره. مثاله: الدين الذي عجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء لا يعني أنه صار غير مستحق، بل يجب على المدين ديانة المبادرة إلى وفائه.

الحق القضائي: هو الذي يدخل تحت ولاية القضاء، وهو كل حق استطاع صاحبه إثباته أمام القضاء.

ثمرة التقسيم: أن الأحكام الديانية تُبنى على النوايا والواقع والحقيقة، أما الأحكام القضائية فتبنى على ظاهر الأمر دون حقيقته. فمن طلق امرأته خطأ دون قصد إيقاع الطلاق، يحكم القاضي بوقوع الطلاق قضاء، لكن هذا الطلاق لا يعتبر واقعا ديانة، وللإنسان أن يعمل بذلك فيما بينه وبين الله تعالى، ويمكن للمفتي إفتاؤه بذلك.

الفرع الثالث: مصادر الحق أو أسبابه:

أولا: إن منشأ الحق أو سببه الأساس أو غير المباشر: هو الشرع، فالشرع هو المصدر الأساس للحقوق والسبب الوحيد لها. غير أن الشرع:

1- قد ينشئ الحقوق مباشرة من غير توقف على أسباب أخرى، مثل الأمر بالعبادات المختلفة، والأمر بالإنفاق على القريب، والنهي عن الجرائم والمحرمات، وإباحة الطيبات من الرزق.

2- وقد ينشئ الحقوق أو الأحكام مرتبة على أسباب أخرى يمارسها الناس؛ كعقد الزواج فإنه ينشئ حق النفقة للزوجة والتوارث بين الزوجين.

ثانيا: المقصود من الأسباب أو المصادر هنا: الأسباب المباشرة، سواء أكانت أدلة الشرع أم الأسباب التي أقرتها وعينتها هذه الأدلة.

ثالثا: مصادر الحق الشخصي خمسة وهي:

1- الشرع؛ كالالتزام بالنفقة على الأقارب والزوجة، والتزام الولي والوصي، وإيجاب الضرائب.

2- العقد؛ كالبيع والهبة والإجارة.

3- الإرادة المنفردة؛ كالنذر والوعد بشيء.

4- الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب؛ كأداء دين يظنه الشخص على نفسه، ثم يتبين أنه كان بريئا منه، أو أداء دين الغير بأمره، أو شراء شيء ثم يتبين أنه ملك الغير، فيجوز لصاحب الحق الرجوع على الآخر بالدين، لعدم استحقاق الآخر له.

5- الفعل الضار؛ كالتزام المتعدي بضمان الشيء الذي أتلفه أو غصبه.

وأما مصادر الحق العيني فهي أسباب الملك التام أو الناقص، وسيأتي بيانها إن شاء الله في نظرية الملكية.

رابعا: يمكن رد مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي (سواء بالنسبة للحقوق الشخصية أو بالنسبة للحقوق العينية) إلى مصدرين اثنين، وهما:

1- التصرف الشرعي.

2- الواقعة الشرعية.

والتصرف الشرعي يشمل: العقد، والإرادة المنفردة.

أما الواقعة الشرعية فتشمل: الفعل الضار، والفعل النافع.

الفرع الرابع: أحكام الحق:

وهي آثاره المترتبة عليه بعد ثبوته لصاحبه، وهي كما يلي:

أولا: استيفاء الحق:

لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة.

استيفاء حق الله تعالى:

1- استيفاء حق الله تعالى في العبادة يكون بأدائها على الوجه الذي رسمه الله تعالى للعبادة. فإن امتنع الشخص عن أداء العبادة:

أ- فإن كان الحق مالياً كالزكاة أخذه الحاكم جبراً عنه ووزعه في مصارفه الشرعية.

ب- وإن كان غير مالٍ حمله الحاكم على فعله بما يملك من وسائل إن ترك الحق ظاهراً، وإلا عاقبه الله في الدنيا بالمحن والآلام، وفي الآخرة بالعذاب الأليم.

2- واستيفاء حق الله تعالى في منع الجرائم والمنكرات يكون بامتناع الناس عنها، فإن لم يكفّ الناس عنها، كان حق الله إقامة العقوبة، ويستوفيها ولي الأمر أو نائبه بعد إصدار الحكم القضائي بها منعاً من التظالم وإثارة الفتن والعداوات وشيوع الفوضى وانهيار المجتمع.

استيفاء حق الإنسان:

1- يكون في الحال الطبيعية بواسطة من عليه الحق، فلا بد من التوجه إليه لطلبه منه واقتضائه.

2- أما إذا وقع للمدين المماطل مال في يد دائنه فأخذ منه الدائن مقدار حقه الحقيقي دون علم المدين فذلك جائز له ديانة، أما في نظام القضاء فإن القاضي إذا رفع الأمر إليه لا يقره عليه بل يوجب عليه الرد ما لم يثبت دينه ويقضى له به.

نوع المأخوذ:

الأصل في استيفاء الحق أن يكون بالعدل، فلا يزاد عليه:

1- فإن كان الحق معلوم النوع محدد المقدار، فلا تجوز الزيادة عليه في الاستيفاء وفي حكم القاضي، كثمن دار وأجرتها وبدل قرض.

2- وإن كان الحق مطلقاً غير محدد النوع أو المقدار، فيحمل على الوسط المتعارف عليه بين الناس، فيؤخذ المتوسط من أموال الزكاة، ولا تؤخذ كرائم الأموال أو خسيسها.

ويجوز التعزير للممتنع عن دفع الزكاة بأخذ أعلى الحق الواجب، أو تغريمه الضعف، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من دفعها مؤتجراً بها فله أجرها، ومن منعها فإنّا آخذوها وشطر ماله، عَزْمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى».

التسامح في الاستيفاء والأداء:

الأصل أن يكون استيفاء الحق كاملاً، لكن الشارع ندب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كله أو بعضه، تسامحاً وإحساناً وإيثارا، وبخاصة إذا كان المكلف أو المدين في ضائقة، وذلك خير يُثاب عليه فاعله.

وهناك آية تقرر مبدءا عاماً في التنازل عن الحقوق وهي قوله تعالى: (وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ۖ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ۚ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ) [الشورى: 40].

ثانيا: حماية الحق:

قررت الشريعة حماية الحق لصاحبه من أي اعتداء، بأنواع مختلفة من وسائل الحماية أو ما يسمى بالمؤيدات، منها: المسؤولية أمام الله، المسؤولية المدنية، تقرير حق التقاضي.

فالعبادات التي هي نوع من حقوق الله عز وجل، حماها الشرع بوازع الدين ودافع الإيمان القائمَيْن على الرهبة من غضب الله وعذابه، والرغبة في ثوابه ونعيمه. وهناك نوع آخر من الحماية للعبادة وهو الحِسْبة، وهو حق ثابت لكل فرد من أفراد الأمة، حيث يحق لكل فرد مسلم أن يرفع دعوى الحسبة على المعاصي إلى المحتسب أو القاضي ليؤدب العاصي بما يردعه ويزجره عن ترك العبادات وغيرها. وهكذا بقية حقوق الله تعالى؛ كالكف عن الجرائم.

وأما حقوق الناس الخاصة (حقوق العباد)، فحمايتها بوازع الدين الذي يوجب على كل فرد احترام حق غيره في ماله وعرضه ودمه، وبالمرافعة إلى القضاء لمطالبة من وجبت عليه.

ثالثا: جواز انتقال الحق:

يجوز انتقال الحق بسبب ناقل له، سواء أكان الحق ماليا كحق الملكية في المبيع فإنه ينتقل من البائع للمشتري بسبب عقد البيع، أو كان الحق غير مالي كحق الولاية على الصغير فإنه ينتقل من الأب إلى الجد بسبب وفاة الأب، وحق الحضانة فإنه ينتقل من الأم إلى الجدة لأم إذا تزوجت الأم بغير محرم من الصغير.

وأساب انتقال الحق كثيرة، منها: العقد، الالتزام من جانب واحد، الوفاة، حوالة الدين من مدين إلى آخر، الخ.

رابعا: انقضاء الحق:

ينتهي الحق بسبب من الأسباب المقررة شرعا لانتهائه، وهو يختلف بحسب نوع الحق؛ فحق الزواج ينتهي بالطلاق، وحق الابن في النفقة على أبيه ينتهي بقدرته على الكسب، وحق الملكية ينتهي بالبيع، وحق الانتفاع ينتهي بفسخ عقد الإجارة أو انتهاء المدة أو بانفساخ العقد بالأعذار أو الظروف الطارئة كانهدام المنزل، وحق الدَّيْن ينتهي بالأداء أو بالمقاصة أو بالإبراء وهو إسقاط صاحب الحق حقه ممن هو عليه.

خامسا: استعمال الحق بوجه مشروع:

على الإنسان أن يستعمل حقه وفقا لما أمر به الشرع وأذن به، فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليه الإضرار بالغير فردا أو جماعة، سواء أقصد الإضرار أم لا، وليس له إتلاف شيء من أمواله أو تبذيره لأن ذلك غير مشروع.

فحق الملكية يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشاء، لكن ليس له أن يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء، ولا أن يفتح في بنائه نافذة تطل على داخل دار جاره، لإضراره بالجار.

واستعمال الإنسان حقه على وجه يضر به أو بغيره هو ما يُعرف بالتعسف في استعمال الحق.

نظرية التعسف في استعمال الحق(*)

المراد بالتعسف في استعمال الحق:

هو تصرُّف الإنسان في حقِّه تصرُّفًا غيرَ مُعتاد شرعًا.

لقد قرَّر الفقهاء، أن للإنسان أن يتصرف في مِلكِه تصرفًا معتادًا ولا يُسأل عما يترتب عليه من ضررٍ حينئذٍ، وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التَّصرف في ملكه غير معتاد.

وفرَّعُوا على هذا الأصل أُمُورًا منها ما إذا سقى زرعه فنزت أرضُ جاره، وتلف بذلك زرع أو بناء؛ إن سقاها سقيًا معتادًا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة لم يضمن، وإن سقاها قدرًا لا تحتمله ضمن.

ومنها ما إذا أحرق حصائِدَهُ في أرضٍ مَملوكة أو مستأجرة، فاحترق بذلك شيء لجاره لم يضمن لأنه تصرف في حقه تصرفًا معتادًا، وإن كانت الرياح مضطربة عند الإحراق فأحرقت شيئًا لغيره ضمن، لأنَّه يَعْلَمُ أنَّ النَّار لا تستقرُّ فكان مستعملاً لِحقِّه استعمالاً غير معتاد؛ أي فكان متعديًا.

ومن هذا يتبيَّن حُكْمُ الفِقْهِ فيما لو حَفَرَ بئرًا في مِلْكِه فغاض الماءُ من بئر جاره، أو أدار آلةً إدارةً مُعتادة فتأذَّى السُّكَّان بضوضائها، وهو أنه لا يضمن الضرر؛ لأنه تصرف معتاد.

وحُكْمُ هذا الأصلِ يسري على مَنْ قامَ بِعَمَلٍ لغيره بناءً على عقد أو إذن؛ كالطبيب والقاضي ومنفذ الأحكام؛ إذا سلك الطريق المعتاد في عمله فتخلف عن ذلك ضرر لا يضمن، وإن جاوزه ضمِن، ولهذا قالوا: إن الخَتَّان والفَصَّاد إذا هلك الغلام والمريض بجرحهما المعتاد لا يضمنان، وإن جاوزاه ضمنًا، وكذلك القاضي إذا ظهر أنه حكم بغير الحق، والمنفذ للعقوبة كالسجان والجلاد إذا تخلَّف عن قيامه بعمله المعتاد ضرر، ويشير إلى هذا قول النبي ﷺ: «إنما أنا بشرٌ، وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بنحو ما أسمعُ، فمن قضيت له بحقِّ أخيه فإنما أقطعُ لهُ قطعة من النارِ» [متفق عليه]، حيث لم يعتبر خطأ القاضي تعدِّيًا بعد ما تحرى في عمله وجه الصواب.

وتصرف الإنسان في حقه تصرفًا غير معتاد هو جماع مسائل التعسف في استعمال الحق، وهو ممنوع شرعا.

(*) ـ من بحث للشيخ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة رحمه الله. ويُنظر أيضا:
الفقه الإسلامي وأدلته، للشيخ الدكتور وهبة الزحيلي، ج 4، الصفحات: 2864-2874.
كتاب: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، للشيخ الدكتور محمد فتحي الدريني رحمه الله.
بحث: التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، للدكتور محمد رأفت عثمان.

الأدلة على منع التعسف في استعمال الحق:

الدليل الأول: قول الله تعالى: (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا) [البقرة: 231]. سبب نزول هذه الآية كما أخرج ابن جرير وابن المنذر، أنَّ رجلاً من الأنصار يدعى ثابت بن يسار طلَّق زوجته حتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُها إلا يومين أو ثلاثًا راجَعَها ثُمَّ طلَّقها، فعل ذلك بِها حتَّى مَضَتْ لَها تسعةُ أشْهُرٍ يُضارُّها، فأنزل الله تعالى الآية.

وجه دلالة الآية؛ أن الإمساك حق للزوج، وقد ندب الله تعالى إلى استعماله على نحو مشروع وهو الإمساك مع المعاشرة الحسنة، ونهى عن استعماله على نحو غير مشروع، وهو استعماله على وجه المضارة على النَّحو الذي فعله ثابت بن يسار، وهذا بعينه هو إساءة استعمال الحق؛ لأنَّهُ اسْتِعمالُ حقِّ الإمساك على وجْهٍ غَيْرِ مَشروع.

الدليل الثاني: قال الله تعالى بعد بيان نصيب الإخوة لأم من الميراث: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ) [النساء: 12].

وجه الدلالة؛ أنَّ الوصية حق للمُوَرِّث، وله استعماله على وجه مشروع بأن يكون فيه بِرٌّ بالورثة، ولا يجوز استعماله على وجه غير مشروع بأن يكون إضرارًا بالورثة؛ كأن يوصي بأكثر من الثلث، أو يوصي لأحد الورثة، فالوصية مع الإضرار هي بعينها إساءة استعمال الحق.

الدليل الثالث: ما أخرج أحمد بسنده إلى عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ: «لعن الله المحلِّل والمحلَّل له». وما أخرج البخاري عن النُّعمان بن بشير أنه ﷺ قال: «مثل القائم في حدود الله والواقع فيها؛ كمثل قومٍ استهموا على سفينة، فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقًا، ولم نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعًا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعًا».

وجه الدلالة من الحديث الأول: أنَّ الزواج عمل مشروع، والزواج لأجل التَّحليل عمل غير مشروع، فلما قصد بالمشروع غير المشروع نهى عنه الشارع، وحكم بفساده؛ لأنه تعاون على الإثم، وقد قال تعالى: (وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) [المائدة: 2]. ووجه الدلالة من الحديث الثاني أن الذين في أسفل السفينة لهم أن يستعملوا نصيبهم وحقهم، لكن لما أرادوا أن يستعملوه على وجه غير مشروع، لأنه يضر الجماعة ضررًا عظيمًا لا يتكافأ مع مصلحة شربهم وترك إيذاء الفريق الأعلى، اعتبره الشارع منكرًا يجب أن يُمنعوا عنه. إلى غير ذلك من الأدلة.

الأساس الذي ينبني عليه منع التعسف في استعمال الحق:

أساس ذلك؛ أن الحقوق الشخصية والعينية ليست مختصة بأصحابها في الإسلام اختصاصًا مطلقًا، وليسوا مستبدِّين في التَّمتُّع بمزاياها استِبْدادًا تاما، كما قد يتبادَرُ من وصْفِها بِالحُقوق الخاصَّة.

بل الواقع أنَّ للجماعة حقًّا عامًّا مشتركًا بينهم في حقوق الأفراد الخاصة، وذلك من ناحيَتَيْنِ:

الأولى: أنَّ تصرُّف الشَّخص فيها مشروعٌ بشَرْط سلامة الجَماعة من ضررٍ يَنْشَأُ عن استعمال هذا الحق؛ كما يشير إلى ذلك حديث الواقع في حدود الله، ولهذا أذن للجماعة في منعه عنِ اسْتِعماله للحقِّ استِعْمالاً ضارًّا بِهم، فصاحِبُ الحقِّ يَجِبُ أن ينظُرَ إلى النَّتائِجِ النَّاجِمَة عنِ اسْتِعْمالِه؛ إنْ قَصَدَ الضَّرَرَ، أو ترك الاحتراس، أو أراد تحقيق مصلحة لا تتكافأ مع ضرر الغير أو مصلحة غير مشروعة.

الناحية الثانية: أن الحق كما جعل الله فيه مصلحة فردية لصاحبه، جعل فيه مصلحة اجتماعيَّة لصالح الجماعة؛ لأنه من ثروة الأمَّة التي تعتمد عليها، ولهذا نهى الشخصَ عن إتلاف ماله؛ لأنه إن لم يصبه هو بالخسارة أصاب الجماعة، ولأن الله جعل فيه نصيبًا معلومًا للجماعة كما في الزكاة والعشر والخراج، ويدل على هذا؛ النَّهْيُ عن الاحتكار، والنهي عن رفع الأسعار، وحق الجماعة في بيع المال المحتاج إليه على صاحبه عند الغلاء الشديد أو المجاعة. ويشير إلى هذا الأصل العظيم قول الله تعالى: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا) [النساء: 5].

وبهذا يتبيَّن أنَّ الحقَّ الخاصَّ فيه جهة عموم، نظرًا للوظيفة الاجتماعية التي رتَّبها الشَّارع من النَّاحيَتَيْنِ السَّابقَتَيْنِ. وإذا كان للمجتمع حق في مال الأفراد، فيجب ألا يتصرف الفرد في ماله تصرفاً ضاراً؛ لأن ذلك يعد اعتداءً على حق المجتمع، واعتداءً على نفسه.

أصول مسائل الإساءة في استعمال الحق:

ويمكن حصر أصول مسائل التعسف في استعمال الحق - بالاستقراء - في خمسة:

الأصل الأول: ما إذا استعمل حقَّهُ لا يقصد من ذلك إلا الإضرار بغيره، وليست له مصلحة فيه

إذا قصد الإنسان من استعمال حقه الإضرار بالغير، لا المصلحة المنشودة من الحق، كان استعماله تعسفاً محرماً، ووجب منعه. وذلك كمن يدعي على آخر جريمة أو عملاً غير لائق، لا يقصد بذلك إلا الإضرار به، هذه الدعوى لا تُسمع، ويُعزَّر المُدعي إذا ثبت ذلك بالقرائن.

ومن ذلك؛ ما إذا أراد الزوج أن يسافر بزوجه إلى بلد بعيد، وهو غير مأمون عليها، لا يريد بذلك إلا الإضرار بها وإيذاءها أو سلب مالها، فيُقضى بمنعه من السفر بها للإضرار، وقد قال تعالى: (وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ) [الطلاق: 6]، يعني: لا تضاروا المعتدَّات في السكنى؛ فالزوجات أولى ألا تضاروهن. والأصل في مسائل هذا الباب تحريم إمساك المعتدة بقصد الإضرار بها، وتحريم وصية الضرار وبطلانها، وتحريم طلاق المريض ليفر به من ميراث زوجته. فتقاس سائر مسائله عليهما لاتحاد العلة، وهي قصد الإضرار.

الأصل الثاني: أن يستعمل الإنسان حقًّا يقصد به تحقيق مصلحة له فتترتب عليه مفاسد وأضرار لاحقة بالغير، وهي أعظم من هذه المصلحة أو مساوية لها

إذا استعمل الإنسان حقه بقصد تحقيق المصلحة المشروعة منه، ولكن ترتب على فعله ضرر يصيب غيره أعظم من المصلحة المقصودة منه، أو يساويها، منع من ذلك سداً للذرائع، سواء أكان الضرر الواقع

عاماً يصيب الجماعة، أو خاصاً بشخص أو أشخاص. والدليل على المنع قول الرسول صلّى الله عليه وسلم : «لا ضرر ولا ضرار» [رواه مالك في الموطأ، والحاكم في المستدرك، وغيرهما].

وعلى هذا فإن استعمال الحق يكون تعسفاً إذا ترتب عليه ضرر عام، وهو دائماً أشد من الضرر الخاص، أو ترتب عليه ضرر خاص أكثر من مصلحة صاحب الحق أو أشد من ضرر صاحب الحق أو مساو لضرر المستحق. أما إذا كان الضرر أقل أو متوهماً فلا يكون استعمال الحق تعسفاً.

من أمثلة الضرر العام بالأمة أو بالجماعة: الاحتكار؛ وهو شراء ما يحتاجه الناس وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه، بقصد بيعه بثمن مرتفع، فإن المحتكر يريد من ذلك مصلحة الربح الكبير؛ لكن يترتب على هذا ضرر عظيم يلحق الجماعة، ولهذا قال ﷺ: «الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ» [أخرجه ابن ماجه والدارمي]، ومن هنا يمنع من الاحتكار ويباع عليه ما احتكره بثمن المثل إن امتنع من البيع.

ومن ذلك إغلاء التجار السعر على الناس بحيث يصل إلى ضعف قيمة السلع، فإن تقدير البائع لثمن مبيعه حق له، ولكن استعماله على هذا النحو، وإن حقق مصلحة له، فقد نشأت عنه مفاسد عظيمة بالجماعة، ولذلك قال الحنفية والمالكية: إذا عجز ولي الأمر عن رد التجار إلى الأسعار العادية بكُلِّ الوسائل أزال هذا الضرر بالتسعير بمشورة أهل الخبرة، وقد ثبت هذا بالمصلحة المرسلة لدفع الضرر عن الجماعة، فإن امتنع التاجر من البيع بالسعر المحدد بيع عليه كما يُباع المال على المدين وفاء للدين.

ومنه تلقي التاجر للوافدين إلى السوق من أهل الريف والبادية، وشراء ما جلبوه بالثمن الرخيص لبيعه لأهل المدينة غاليًا؛ حيث يضر ذلك بأهل المدينة وبالوافدين، وقد نهى عنه النبي ﷺ فقال: «لا تلقوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد» [رواه البخاري].

ومنه بيع السلاح في أيام الفتنة، أو لقطاع الطريق، وبيع العصير ممن يتخذه خمرًا، وبيع الحاضر للبادي، حيث قال الإمام أحمد ببطلان هذه العقود لرجحان المفسدة.

ومثال الضرر الخاص الأشد: فتح نافذة في بناء تطل على مقر نساء الجار إلا إذا كانت أعلى من مستوى النظر. وقد منع الرسول ﷺ سمرة بن جندب من دخول بستان لأحد الأنصار لتفقد نخله بسبب تأذي الأنصاري من دخوله، لأن الضرر في الدخول كان أشد من عدم تفقد صاحب النخل نخله.

ومثال الضرر الخاص المساوي للمصلحة: أن يفعل مالك الدار فيها شيئاً يتضرر به جيرانه. رأى أبو حنيفة منعه من ذلك دفعاً للضرر الذي يصيب غيره، والضرر يجب رفعه لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

ومثال الضرر القليل: بناء جدار أو غرس شجر في أرضه، مما يترتب عليه حجب الهواء عن جاره، لا يمنع منه المالك ولا يكون تعسفاً؛ إذ لا بد من مثل هذا الضرر القليل عادة أثناء الانتفاع بالحق.

ومثال الضرر الموهوم: كثرة إنجاب النسل الذي قد يترتب عليه ضائقة اقتصادية، لا يمنع منه الإنسان، لأن الضرر هنا متوهم؛ فالله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان إذا استخدمت الأيدي العاملة والعقول المفكرة، وتمت مراقبة الله وتقواه في هذه الموارد، كما قال تعالى: (وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَلَٰكِن كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ) [الأعراف: 96]. وقال سبحانه في شأن أهل الكتاب: (وَلَوْ أَنَّهُمْ أَقَامُوا التَّوْرَاةَ وَالْإِنجِيلَ وَمَا أُنزِلَ إِلَيْهِم مِّن رَّبِّهِمْ لَأَكَلُوا مِن فَوْقِهِمْ وَمِن تَحْتِ أَرْجُلِهِم ۚ مِّنْهُمْ أُمَّةٌ مُّقْتَصِدَةٌ ۖ وَكَثِيرٌ مِّنْهُمْ سَاءَ مَا يَعْمَلُونَ) [المائدة: 66].

وأساس هذه القاعدة: هو مقدار الضرر الناشئ عن استعمال الحق.

والمسائل المنصوص على حكمها في هذا الباب أصل في هذا النوع، فيثبت الحكم لنظائرها بالقياس، أو بالمصلحة إن تعذر القياس.

الأصل الثالث: أن يستعمل حقه المشروع عقدًا أو غيره يقصد به تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه له الشارع

إذا قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق، وإنما يستتر وراء استعمال الحق المشروع، كاتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول، ولا يقصد به الزواج الدائم، واتخاذ عقد البيع وسيلة للربا أو الفائدة، ومنه بيع العينة: وهو شراء شيء بثمن مؤجل ثم بيعه لنفس البائع الأول بثمن فوري أقل من الثمن الأول، قاصداً به الربا، فذلك كله تعسف حرام، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله المحلِّل والمحلَّل له» [خرجه أحمد والترمذي والنسائي في السنن الكبرى وابن أبي شيبة والدارمي والبيهقي]، ولنهيه ﷺ عن بيع العِينة صراحة في قوله: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم» [رواه الترمذي وغيره].

ومنه إسلام الزوجة غير المسلمة بقصد الإرث من زوجها، وهبة المال قبيل الحول بقصد إسقاط الزكاة الواجبة.

ومنه البيع الذي قصد به إسقاط الشفعة، وهبة المال التي قصد بها الواهب إسقاط فريضة الزكاة أو الحج، فما ثبت بالنَّصِّ في هذا الباب يعتبر أصلاً وغيره يقاس عليه.

وقد أخذت هذه القاعدة من مبدأ (سد ذرائع الفساد) وما يتفرغ عنه من بطلان الحيل المحرمة التي يقصد بها إباحة الحرام أو تحريم الحلال أو إسقاط الواجب.

وضابطُها أنَّ الشَّارع إذا حرم شيئًا حرَّم وسائِلَهُ المُفْضِية إليه، وهذا يتحقَّق فيما إذا أفضَت الوسيلة إلى ضرَرٍ مَقصودٍ أو إلى مَصلَحةٍ معها مفسدةٌ تُساوِيها، أو تترجَّحُ عليْها، أو إلى غرض حرَّمه الشارع كالربا والزنا، وبالجملة: إذا أفضت إلى إسقاط الواجبات وإحلال المحرمات.

الأصل الرابع: أن يستعمل الإنسان حقه استعمالا غير معتاد يترتب عنه ضرر للغير

إذا استعمل الإنسان حقه على نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم ترتب عليه ضرر للغير، كان متعسفاً، كرفع صوت المذياع المزعج للجيران والتأذي به، واستئجار دار، ثم ترك الماء في جدرانها وقتاً طويلاً، أو استئجار سيارة ثم يحملها أكثر من حمولتها، أودابة ثم يضربها ضرباً قاسياً أو يحملها ما لا تطيق.

ففي كل ذلك يعتبر متعسفاً، فيمنع من تعسفه، ويعوض المتضرر عما أصابه من ضرر.

كذلك يمنع من استعمال حقه، إذا استعمل حقه استعمالاً غير معتاد، ولم يترتب عليه ضرر ظاهر؛ لأن الاستعمال على هذا النحو لا يخلو من ضرر، وعدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده في الواقع، وإن كان يمنع من الحكم عليه بالتعويض لعدم وضوح الضرر. فإن كان الاستعمال معتاداً مألوفاً، ووقع الضرر فلا يعد تعسفاً، ولا يترتب على ذلك ضمان، كالطبيب الجراح الذي يجري عملية جراحية معتادة، ويموت المريض، فلا يضمن. ومثله من يوقد فرناً يتأذى الجيران بدخانه، أو يدير آلة يتضرر الجيران بصوتها المعتاد، فلا ضمان؛ لأن كل ذلك معتاد مألوف.

وبناء عليه: من أشعل ناراً في أرضه، فطار منها شرر أحرق شيئاً لجاره، إن كان ذلك في أحوال عادية فلا ضمان عليه. وإن كان ذلك في وقت هبوب الرياح واشتدادها، فعليه الضمان.

وكذلك سقاية الأرض، إن كان سقياً عادياً، فتسرب الماء إلى أرض الجار، فلا ضمان. وإن كان سقياً غير عادي بماء لا تحتمله الأرض عادة، فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير.

والمقياس في ذلك هو العرف الذي يحدد كون التصرف معتاداً أو غير معتاد. وعليه تطبق أحكام التعامل مع الخباز والكواء إذا أحرق ما سلِّم له، يضمن إذا تصرف تصرفاً غير معتاد بزيادة وقود النار، وحرارة الكهرباء.

الأصل الخامس: أن يستعمل الإنسان حقه لكن دون احتراس وتثبت فيما يمكن فيه الاحتراس، فيفضي هذا إلى الإضرار بالغير

إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس وتثبت، فأضر بالغير، وهذا ما يعرف بالخطأ، كان متعسفاً أو مسؤولاً مسؤولية تقصيرية.

سواء أكان خطأ في القصد، كما إذا رأى الصياد شبحاً من بعيد، فظنه صيداً، فأطلق عليه النار، فإذا هو إنسان.. أو كان خطأ في الفعل، كما إذا سدد الصائد الرمية على صيد، فانحرفت وأصابت إنساناً، أو تجاوزت الصيد إلى إنسان فقتلته. فإن الصيد حق مباح، ولكنه لم يحترس في استعماله له، ولم يتثبت فأدى إلى ضرر الغير.

وحكمه: ضمان هذا الضرر إنسانًا أو حيوانًا؛ لأن القرآن يدل على تضمين المخطئ كما في قوله تعالى: (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ) [النساء: 92].

ومن ذلك سائق السيارة إذا صدمت إنسانًا فقتلته أو مالاً فأتلفته؛ لأنه استعمل حقه في قيادتها لكنه لم يحترس، ومن ذلك ما لو استعمل في الدفاع الشرعي سلاحًا لا تدعو إليه ضرورة الدفاع فأدَّى إلى ضَرَرٍ فإنَّه يضمنه. لكن محل ضمان الضرر في هذا الأصل إذا أمكن الاحتراس عنه عادة، أما إذا لم يمكن فلا ضمان كالطبيب إذا أجرى جراحة على النحو المعتاد بين الأطباء فتلف بها إنسان، وذلك لاختلاف طبائع الناس واحتمالهم للجراحات.

أما إذا أمكن الاحتراس فإنه يكون مقصرًا؛ كالحمال إذا زلقت رجله فأتلف ما يحمله، والكواء إذا أحرق الثوب الذي يكويه.

إثبات التعسف في استعمال الحق أمام القضاء:

يثبت التعسف أمام القضاء بجميع الطرق المثبتة للحق، غير أن تكييفه يتوقف إلى حد كبير على الظروف المحيطة بالقضية، وعلى عرف الجماعات؛ فقد يكون استعمال الحق تعسفًا في بيئة دون أخرى، وضررًا في حال دون حال، وذلك كرفع صوت المذياع إذا كان في السوق العامة أو في الأحياء الآهلة بالسكان وبين سكان البادية أو الحاضرة.

ولما كان سوء النية والتحايل لتحصيل المفاسد والأضرار هما أكثر أسباب التعسف وجب على القاضي أن تكون له خبرة واسعة بقرائن الأحوال وفقه نافذ بأحوال الناس الاجتماعية؛ ليجمع منها أدلة قصد الإضرار ويكتشف التحايل باستعمال المباحات للوصول إلى المحرمات والأغراض غير المشروعة. لكن هناك حالات نصب الشارع عليها علامات ظاهرة؛ كالطلاق في مرض الموت لأجل الفرار من ميراث الزوجة، ووصية الضرار.

الأحكام المترتبة على التعسف:

تنشأ عن التعسف حقوق أو آثار وأحكام، هي:

1 - إزالة الضرر عيناً؛ كهدم البناء الذي بناه المالك ملاصقاً لجاره فسد عليه النور والهواء. وكسد النافذة التي فتحها المالك وتطل على نساء جاره.

2 - التعويض عن الضرر إذا كان تلف نفس أو عضو أو مال.

3 - إبطال التصرف؛ كإبطال زواج التحليل وبيع العينة والوصية الضارة بالورثة.

4 - المنع من ممارسة الحق؛ كمنع الزوج من السفر بزوجته إذا قصد بالسفر إيذاءها. والحجر على المديان، والمفتي المحتال على المحرمات، والطبيب الجاهل.

5 – التعزير؛ كما في الدعاوى المرفوعة على الشرفاء للتشهير بهم.

6 - الإجبار على الفعل؛ كإجبار التجار على البيع بسعر معين، وإجبار العمال على العمل بأجر المثل.

بعض التطبيقات لمبدأ الإساءة في استعمال الحق:

1 – حق الوكيل في عزل نفسه:

الوكالة من العقود غير اللازمة؛ فلكل من الوكيل والموكل حقُّ العزل.

وبناء على هذا قد يستعمل الوكيل حقه، فيفاجئ الموكل بعزل نفسه في وقت يعجز عن القيام بما وكل فيه أو عن التوكيل به؛ كالمرافعة في قضية قَرُبَ مَوْعِدُ نظرها، وهي محتاجة إلى دراسة واسعة، وكالقيام بعمل ضروري عاجل والموكل غائب.

وهذا في نظر الفقه تعسف في استعمال الحق؛ لأنه إضرار عظيم بالموكل بقصد أو بغير قصد، وقد اشترط أبو حنيفة في عزل أحد الطرفين علم الطرف الآخر منعًا من الإضرار لجواز أن يكون الوكيل تصرف لصالح الموكل تصرفات فيها تبعات مالية، ولجواز أن تكون هناك أعمال في تركها تغرير بالموكل وإضرار به.

وبناء على هذا فقواعد مذهبه تقضي ببقاء الوكالة، وإلزام الوكيل بإنجاز ما وكل فيه دفعًا للضرر، وتأديبه إن فرط، وعلى أن الوكيل بالأجر ليس له أن يعزل نفسه قبل إنهاء ما وكل به.

2 – حق الخاطب في فسخ الخطبة:

الخطبة وعد بالزواج، وإخلاف الوعد بعذر أمر مشروع، وعلى هذا ففسخ الخطبة بسبب جائز؛ كالمرض المعدي أو المانع له من المعاشرة الزوجية، وعجز الزوج عن دفع المهر، والخلاف المستحكم بين الخطيبين أو أسرتيهما. وإن كان الفسخ من غير سبب كان إخلافًا للوعد من غير عذر، بل كان إخلافًا ضارًّا؛ لأن الناس عادة يعلمون بالخطبة ويركنون إليها فينصرف عن الخطيبة من يفكر في الزواج منها، فإذا فَسَخَ الخطيب من غير سبب فقد فوَّت عليها فُرَصَ الزَّواج التي كانت سانحة، ونشر حولها الشائعات في أسباب الرفض، الأمر الذي تثور له النفوس وترتكب بسببه الجرائم، ولاسيما في هذا الزمن الذي فسدت فيه الأخلاق وكثرت الظنون السيئة فتتعطل بذلك مصلحتها الأساسية التي أعدها الله لها.

وإخلاف الوعد إذا ترتب عليه أمثال هذه المفاسد كان منكرًا يجب تغييره ومعصية يستحق فاعلها التعزير عليها.

وعليه فللقاضي أن يعاقب الفاسخ لا على مبدأ تعويض الضرر، بل على مبدأ التعزير على الإتيان بهذا المنكر وهو إخلاف الوعد المستتبع للمفاسد، والتلاعب بمصالح الناس وأعراضهم، لأن التعزير ثابت على كل فعل أو قول فيه إيذاء للمسلم بغير حق زجرًا للناس عن ارتكاب المفاسد والمضار واستصلاحًا لهم لقوله ﷺ: «من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان» [رواه مسلم]، وهو خطاب لأولياء الأمر. وهذا المبدأ إذا عُمِلَ به حمل الذين يريدون الخطبة على الإمعان في التروي قبل الإقدام عليها، وعلى أن يفرقوا بين العدول عن شراء سلعة تم الوعد بشرائها، وفسخ خطبة فتاة كريمة على نفسها وعلى قومها.

3 – حق الطلاق:

الطلاق أبغض الحلال إلى الله، لكنه مشروع عند الحاجة كعدم عفة الزوجة، بل قال بعض الفقهاء بوجوبه حينئذ، خشية أن تفسد فراشه وتدخل عليه من ليس من أولاده، ولئلا يقع تحت طائلة اللعنة الواردة في الديوث الذي لا يغار على حريمه. ومن مواضع الحاجة؛ سوء خُلُقها في معاملة الزوج أو معاملة الناس، وتضرر الزوج بها في الحياة الزوجية العاطفية لمرض بها أو لعدم انسجام في الطباع، وتفريطها في حقوق الله، وهي لا تطيعه في أدائها، حتى لا يعاشر امرأة عاصية، ومن الأسباب عقمها إذا لم يستطع أن يتزوج بأكثر من واحدة.

فإذا وقع الطلاق لغير حاجة كان مُبْغَضًا إلى الله، ولا سيما إذا كانت الزوجة ذات أولاد منه أو كانت فقيرة، وقد رتَّبتْ حياتَها على العيش معه. وعند هذا لا ننكر أن الزوج قد يسيئ استعمال حقه فيه لما يترتب عليه من الإضرار بالزوجة.

والأحوال القليلة التي قد يفسد فيها تقدير الزَّوج، المجتمع مضطر إلى تحملها إذ لا سبيل إلا هذا. والذي ينبغي لتلافيها هو إصلاح المجتمع، وإشاعة مبادئ الإسلام الصحيحة بين أهله بجميع الطُّرق الممكنة.

4 – حق تعدُّد الزَّوجات:

تعدد الزَّوجات مشروع قطعًا إلاَّ عند خوف الزَّوج أن يظلم من في عصمته، فعندئذ لا يكون حقًّا له، والظلم المانع هو الظلم في الإنفاق، أو في الإقامة عند الزَّوجة، أمَّا المحبة وميل القلوب فأمره إلى الله، وقد بيَّن سبحانه وتعالى أنَّه خارج عن استطاعة البشر، قال تعالى: (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ) [النساء: 129]، والدَّليل على أنَّ العدل المشروط في الآية ليس هو المحبَّة التي أخبر الله عنها أنها غير مستطاعة قول النَّبي ﷺ: «اللهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك» [أخرجه الترمذي في سننه]، يعني ميل القلب. والتَّعدد مشروع لحاجات اجتماعيَّة وعاطفيَّة لا يستطيع بنو الإنسان الاستغناء عنها، وليس هنا بسط أسباب التَّعدد، وإنما إجمال ذلك؛ أن الله العليم بأحوال عباده وما يصلحهم، شرعه لمصالح اجتماعية سامية، وأقلها عند المحافظة على العدل الواجب أنه ارتكاب لأخف الضَّررين، وهو المتعة من طريق حلال.

لهذا لا يمكن أن يثبت من طريق القضاء في حق التَّعدد تعسف في استعماله، متى تحقَّق العدل الواجب.

نعم؛ قد يتعدَّى الناس فيفعلون ما ليس مشروعًا، وهو التَّزوج مع العجز عن تحقيق العدل، فإذا شاع ذلك بين الناس، ولم تكن لهم من ضمائرهم رقابة على أنفسهم في تنفيذ أوامر الدين، ساغ للقضاء أن يتدخَّل فيمنع من التَّعدد كل من يثبت بالأدلَّة أن حالته المالية لا يستطيع معها أن يَمون نساءه، أو يعدل بينهن.

نظرية المال(*)

تعريف المال لغة واصطلاحا:

المال في اللغة من: مُلتَ وتمولتَ: معناه كثر مالك. قال ابن الأثير: "المال في الأصل ما يُملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها أكثر أموالهم".

أما في اصطلاح الفقهاء:

فقد قال الإمام الشافعي رحمه الله: "لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة، يباع بها، ويلزم متلفه، وما لا يطرحه الناس عادة".

وعرفه بعض فقهاء الحنفية بأنه: "ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة".

والتقييد بإمكان الادخار هو لإخراج المنفعة، لأنها ـ عند فقهاء الحنفية ـ من قبيل الملك لا المال. وهم يفرقون بين الملك والمال من جهة أن الملك هو ما من شأنه أن يُتصرف فيه بوجه الاختصاص فيشمل المنفعة، أما المال فهو ما من شأنه أن يُدخر للانتفاع وقت الحاجة.

ومما عُرف به المال حديثا: أنه "ما يمكن حيازته وإحرازه، والانتفاع به انتفاعا معتادا".

تقسيمات المال:

قسّم الفقهاء المال، باعتبارات مختلفة، إلى أقسام عديدة، يفترق بعضها عن بعض في أوصافها وطبيعتها وقابليتها، وتختلف تبعا لذلك الأحكام التي تتعلق بها.

التقسيم الأول: إلى مال متقوم ومال غير متقوم:

فالمال المتقوم نوعان:

(*) ـ يُنظر:
المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، للشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله، الصفحات: 113-232.
الفقه الإسلامي وأدلته، للشيخ الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله، ج4، الصفحات: 2875-2891.
الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة (مال)، ج 36، الصفحات: 31-42.
الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله، الصفحات: 51-69.
تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، للدكتور بدران أبو العينين بدران، الصفحات: 283-295.
المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، للشيخ محمد مصطفى شلبي رحمه الله، الصفحات: 329-339.
المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد الكريم زيدان رحمه الله، الصفحات: 216-223.
الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى رحمه الله.

1- **ما يُباح الانتفاع به شرعا**: هو ما اعترف له الشارع بقيمته الذاتية؛ فأباح الانتفاع به بكل طرائق الانتفاع، وهو ما يُعرف بالمال المحترم المصون. ولا تلازم بين التقوم بهذا المعنى وبين المالية، فقد يكون الشيء متقوما أي مباح الانتفاع ولا يكون مالا لفقدان أحد عناصر المالية، وذلك كالحبة من القمح، والكسرة الصغيرة من فتات الخبز.

2- و**المال المحرز**: هو ما يُحرز بالفعل، إذ أنه قبْل الحيازة لا يعد مالا. ومثاله: السمك في الماء، المعادن في الأرض، ونحوها من المباحات.

أما **المال غير المتقوم**: فهو نظير المتقوم، أي أنه مالم يجعل الشارع له قيمة ذاتية، فلم يبح الانتفاع به إلا في حال الاضطرار. ومُثّل له بالخمر، ولحم الخنزير، فلم يباحا للمسلم رغم كونهما ذوَيْ قيمة مالية، لكن هذه الصفة تُسلب منهما بنظر الشارع، إلا في حال الاضطرار والمخمصة فأبيح القدر الذي يدفع به المسلم الهلاك عن نفسه فقط.

والأصل في الأموال جميعا أن تكون متقومة، أي مباحة الانتفاع ومحلا صالحا للعقود، فقد قرر علماء الشريعة قاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة"، وإنما التحريم حالة استثنائية تتوقف على ورود النص. وأساس ذلك قوله تعالى: (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا) [البقرة: 29]، فأصبحت الحرمة استثنائية محتاجة إلى نص أو دليل خاص. وقد وردت نصوص متعددة ببيان المحرمات من الأشياء، كقوله تعالى: (قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَّسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ) [الأنعام: 145].

ثمرات هذا التقسيم:

1- من حيث صحة العقد ذاته: المال المتقوم يصح به العقد، ويصح به نفاذ التصرف المترتب على العقد، وما يندرج معه من إجارة وهبة وإعارة ورهن، أي كل ما يتعلق بالمال من عقود.

أما غير المتقوم: فلا يصح انعقاد العقود عليه، لا ثمنا ولا مبيعا. وفرّق الأحناف بين كون المال غير المتقوم مبيعا وبين كونه ثمنا:

- فلو كان مبيعا لم يصح العقد وهو بيع باطل، ومثاله بيع المسلم للخمر.

- أما لو كان ثمنا، كان العقد فاسدا لا باطلا؛ لاختلال أحد شروط الصحة لا شروط الانعقاد. وهذا على مذهب الأحناف الذين فرقوا بين البطلان والفساد خلافا للجمهور.

2- من حيث الضمان عند التعدي: المال المتقوم يضمنه المعتدي عليه؛ بالمثل إذا كان مثليا، أو بالقيمة إذا كان قيميا. أما غير المتقوم: فقيل لايضمن متعديه شيئا إذا كان صاحبه مسلما. أما إذا كان لغير المسلم فاختلف العلماء في هذه المسألة.

قال الأحناف والمالكية: المسلم الذي أتلف لمسيحي خمرا يضمن لأن الخمر بالنسبة له مال متقوم. أما الحنابلة والشافعية فقالوا بخلاف ذلك.

التقسيم الثاني: إلى مال منقول وغير منقول:

المال المنقول: هو كل ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر. ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات.

أما المال غير المنقول: فهو العقار، أي ما يقابل المنقول، من حيث إنه ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي.

وما تجب الإشارة إليه؛ أنه لا ينبغي أن يُغفل عن التفرقة بين ماهية العقار فيما لو كان العقار شاملا لبناء أم غير شامل. حيث يخرج الأحناف من العقار البناء والأشجار. أما المالكية فإنهم يعتبرون الشجر والثمار والبناء من العقار، رغم أنها من المنقولات، إلا أنها اعتبرت جزءًا لا يتجزأ من العقار. ولهذه التفرقة آثار متعددة عميقة في التطبيق على الفروع الفقهية، من بيع ووصية وشفعة... وغيرها.

ثمرات هذا التقسيم:

1- في الشفعة: اتفق العلماء على أن الشفعة إنما تكون في العقار دون المنقول، لأن الشفعة ثبتت لضرر مؤونة القسمة، وذلك يختص بالعقار دون المنقول.

2- في الوقف: اتفق جمهور العلماء على صحة وقف العقار والمنقول، خلافا للأحناف الذين أفتوا بجوازه في العقار دون المنقول، إلا في حالات ثلاث:

أ- أن يرد أثر بصحة وقف المنقول؛ كوقف السلاح والخيل، إذ ورد أثر بجواز وصحة وقفها.

ب- أن يجري عرف بين المسلمين على وقف منقول ما؛ كما جرى العرف بوقف الكتب والمصاحف.

ت- أن يكون المنقول المراد وقفه تابعا للعقار الموقوف؛ كأن يقف أرضا ثم يقف ما عليها من أدوات وآلات..إلخ.

3- في نفاذ البيع وحق التصرف فيه: عند الأحناف؛ أن المشتري له الحق في التصرف في المبيع (العقار) قبل قبضه، خلافا للجمهور؛ وذلك لعدم تصور هلاك أو وقوع غرر بعد الرؤية من المشتري. أما المنقول فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه لما فيه من الغرر وخطر الهلاك، فهو عرضة للتلف.

4- في تصرف الوصي في مال الصبي: ليس للوصيّ بيع عقار القاصر أو المحجور عليه لصغر أو عته أو سفه أو جنون، إلا بمسوغ شرعي كإيفاء دين، كذا "لا يبيع إلا بقدر الدين من العقار"، أو لتحقيق مصلحة راجحة. ولا يكون هذا حقا قائما إلا بعد إذن القاضي، لأن بقاء عين العقار فيه حفاظ على مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه. أما بالنسبة للمنقول فالتصرف فيه سائغ إذا كان في البيع مصلحة.

5- عند ثبوت دين في الذمة: في حال اشتغال ذمة شخص بدين، فإن القاضي عند بيعه لأموال المدين يبدأ بالبيع في المنقول، فإن لم يف بالدين ينتقل إلى العقار.

التقسيم الثالث: إلى مال مثلي ومال قيمي:

المال المثلي: هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يُعتدُّ به ، أو هو ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يُعتدُّ به.

المال القيمي: هو ما تفاوتت أفراده فلا يقوم بعضه مقام بعض بلا فرق، أو هو ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة.

من أمثلة المثليات: المكيلات كالقمح والشعير والتمر والأرز والفول والفاصوليا، والموزونات كالقطن والحديد، والعدديات المتقاربة في الحجم كالبيض والجوز وغيرها.

ومن أمثلة القيميات: أفراد الحيوانات ولو من نوع واحد، والأراضي، والشجر، والدور، والحوانيت، ونحو ذلك. فالقطعة من الأرض لا تتساوى حتما مع القطعة المجاورة لها وإن كانت مساحتاهما متساوية، وكذا الرأس الواحد من الغنم أو البقر أو الخيل لا يتساوى مع الآخر في القيمة لما بينهما من تفاوت في وجوه وأوصاف شتى، وهكذا الدور والحوانيت والمصوغات من الحلي والجواهر والمفروشات الأثاثية، فكل فرد منها له قيمة خاصة بحسب مادته أو صفته أو طبيعته أو صنعته أو حجمه أو سعته، أو بحسب مجموع ما فيه من مميزات تختلف عما سواه.

مناط التفرقة: من خلال تعريف النوعين يبدو جليا للعيان أن مناط التفرقة هو التماثل المؤدي إلى عدم الاختلاف في القيمة بين الأجزاء المتساوية في الوزن أو الكيل أو بين الآحاد المتماثلة في الحجم. إلا أنه في بعض الحالات يمكن أن ينقلب المثلي إلى قيمي، ومنه يأخذ الأحكام نفسها.

حالات انقلاب المال المثلي إلى قيمي:

أ- في حال الانقطاع من السوق وفقدانه منه، يتحول بالضرورة المثلي إلى قيمي.

ب- في حال الاختلاط: إذا اختلط مالان مثليان فصعب التفريق بينهما، يعتد هنا بالقيمة.

ت- في حال التعرض للخطر والهلاك: كتعرض المال المثلي إلى حريق أو تلف صار له قيمة خاصة.

ث- في حال التعيُّب والاستعمال: فإذا تعيَّب المال المثلي أو استُعمل، صار له قيمة خاصة.

ثمرات هذا التقسيم:

1- الثبوت في الذمة: الأموال المثلية ثبوتها في الذمة يكون بتعين أوصافها، خلافا للقيميات، فلا تثبت إلا بأعيانها وذواتها. وبالتالي وقوع المقاصة بين الأموال المثلية حاصل. أما في القيميات فلا تجري فيها، بل يجري فيها تعيين ذات المال وعينه.

2- في ضمان التعدي: ضمان التعدي بالإتلاف وقوعه يتصور في المال المثلي بضمان مثله لوجود أمثاله في السوق. أما المال القيمي فلتعذر وجود أشباهه يُضمن بالقيمة أي بدل المثل.

3- محل الربا: الأموال القيمية لا تعتبر أموالا ربوية، فلا يجري فيها ربا الفضل مثلا، وهو الذي يوجب تساوي البدلين إذا كانا من جنس واحد. ففي المال القيمي يجوز إعطاء الكثير مقابل الكثير. أما المال المثلي فيختص هذا الربا فيه، فالزيادة في العوضين المتجانسين في الكمية والمقدار، هي زيادة حرام.

4- في القسمة: الأموال المثلية تدخل فيها القسمة جبرا، فلكل شريك حق أخذ نصيبه في غيبة الآخر ودون إذنه. أما القيميات فلا تدخل فيها القسمة الجبرية، ولا يجوز للشريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر من دون إذنه. فالقسمة تتم بالإفراز والمبادلة.

التقسيم الرابع: إلى مال استهلاكي ومال استعمالي:

المال الاستهلاكي: هو المال الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، أي أنه يستهلك باستعماله من أول مرة، سواء كان الاستهلاك فيه حقيقيا؛ كما في الأطعمة والأشربة بمختلف أنواعها، وكالحطب، وورق الكتابة، ونحو ذلك. أو حقوقيا؛ كما في النقود فالاستهلاك فيها يكون حقوقيا بخروجها من يد مالكها بقضائه حوائجه، أما عينها فباقية والاستهلاك نافذ.

أما المال الاستعمالي: فهو الذي يُنتفع به باستعماله مرارا مع بقاء عينه، أي أنه لا يستهلك باستعماله من أول مرة. ومثاله: العقارات، الأثاث، المفروشات، الكتب، وغيرها مما يماثلها في الأوصاف.

مناط التفرقة: يرجع مناط التفرقة إلى الانتفاع بهذه الأموال ابتداءً، لا في حالات الاستعمال المتكرر، حيث إنه إذا انتفعنا بالشيء أول مرة أعطيناه وصف المال الاستهلاكي إذا زالت عينه بهذا الانتفاع الابتدائي، أما إذا بقيت عينه فإنه يبقى حينئذ مالا استعماليا. فالفارق هو الاستعمال الابتدائي لا مطلق الاستعمال.

ثمرة هذا التقسيم:

المال الاستهلاكي تصح فيه العقود التي غرضها الاستهلاك كالقرض وإعارة الطعام، والبيع في الشأن نفسه، ولا تصح فيه العقود التي تُملك فيها المنافع دون الأعيان، مثل الإجارة حيث لا يُتصور أن المال الاستهلاكي يُنتفع به مع بقاء عينه ذاتها. ولذلك قال الفقهاء: لا يجوز إيجار البرك لأجل الاصطياد

منها، ولا الأراضي للرعي أو الاحتشاش، ولا إيجار الآجام والغابات لاقتطاع القصب أو الحطب، ولا استئجار شاة لبون لشرب لبنها مدة معينة.

وقد استثني الانتفاع بماء الحمامات العمومية، والأكل والشرب في الفنادق؛ فهي من باب الاستحسان للضرورة كما هو الشأن عند الأحناف.

أما المال الاستعمالي؛ فلا يقبل العقد الذي هدفه الاستهلاك فقط دون الاستعمال، كالقرض، لأن المقترض يريد باقتراضه الاستهلاك لسد الحاجة وذلك بذهاب عينه، ثم يجب رده بالمثل، وهو غير مُتَصَوَّر في المال الاستعمالي.

التقسيم الخامس: إلى عين ودين:

الدين: هو ما يثبت في الذمة؛ كمقدار من الدراهم في ذمة رجل.

أما العين: فهي الشيء المعين المشخص، كبيت وحصان وكرسي. وأغلب مصادر الديون هي تارة العقود من قرض وبيع وكفالة وصلح ونكاح ونحو ذلك، وتارة الفعل الضار كما في دين التعويض عن المتلفات.

وهذا التقسيم مما ينفرد به الجمهور عن الحنفية، حيث إن الحنفية يعتبرون أنه لا يمكن تقسيم المال إلى عين ودين، لأن المال عندهم لا يكون إلا أعيانا.

ثمرات هذا التقسيم:

1- الديون أمور اعتبارية محلها الذمم التي تُشغل بالتزاماتها وليس لها وجود خارجي. أما الأعيان المالية فهي أموال ذات وجود خارجي.

2- الديون في الذمم لا تعتبر محلا صالحا لعقود التمليك والمعاوضة. فلو باع إنسان من آخر دينه الذي على ثالث فالبيع باطل، وكذا لو وهبه دينه الذي على شخص لم تجز الهبة، إلا أن يوكله بقبضه، فحينئذ يقبضه من المدين بحكم الوكالة، ثم يملكه بحكم الهبة.

3- الدين لا يكون محله مالا مثليا، لأن المال المثلي هو الذي يقبل الثبوت في الذمة لما له من أمثال يمكن المطالبة بعينها. أما العين فمنها المثلي ومنها القيمي، وهذا الأخير لا يثبت في الذمة، وإنما يتعلق الحق بعينه.

4- الديون الثابتة في الذمم لا تقبل القسمة إلا بعد أن تُقبض؛ كما لو باع شركاء شيئا وبقي في ذمة المشتري، فلا يحق لأحد الشركاء أن يستأثر بما قبضه من المدين في مقابل حصته.

5- الديون يجري فيها التقاص إذا كانت متماثلة جنسا وصفة، بخلاف الأعيان فلا تجري فيها المقاصة؛ لأن الأعيان تقضى بذواتها وليس محلها الذمة حتى تقضى بمثلها وإنما محلها اليد التي هي في حوزتها.

6- الإبراء إنما يتعلق بالديون ولا يتعلق بالأعيان. وذلك لأن الإبراء إسقاط، وملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، وإنما تقبله طائفة من الحقوق منها الديون.

التقسيم السادس: إلى عين ومنفعة وحق:

مناط هذا التقسيم هو اختلاف العلماء الدائر بين كون المنافع أموالا أم لا؟ وهو اختلاف بين الأحناف والجمهور.

كما أن للمسألة ارتباطا وثيقا بتعريف المال عند الفريقين؛ إذ أن الأحناف يرون أن المال هو كل ما أمكن حيازته وإحرازه وما ينتفع به عادة. أما الجمهور فعندهم ـ كما جاء في تعريف للإمام الشافعي: "لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها، ويُلزم متلفه، وما لا يطرحه الناس".

ومنه فالأحناف عندهم المال ما هو إلا العين المادية المحسوسة. أما الجمهور فالمال عندهم هو كل شيء ذو قيمة يباع بها، فلا يهم أن يكون ذاتا أو عينا أو منفعة.

والمنفعة هي: "الفائدة التي تحصل باستعمال العين". وبالإضافة إلى المنافع فإن الحقوق ليست أموالا عند الأحناف.

ثمرات هذا التقسيم:

1- في العقود: المنفعة لا تكون محلا لعقد، بل العين تقوم مقامها في العقود، فيقال تأجير الدار مثلا.

2- في الغصب: من غصب شيئا وانتفع به مدة، ثم رده إلى صاحبه، فإنه يضمن قيمة المنفعة عند غير الأحناف، وعند الأحناف: إذا كانت العين المغصوبة وقفا فإن الغاصب يضمن منافعها. وكذلك إذا كانت العين مملوكة ليتيم فتُقوم منفعتها ويضمن غاصبها، أو كون الشيء معدا للاستغلال فإنه مضمون في حال الغصب.

3- في الإجارة: المنافع والحقوق تنتهي بموت المستأجر عند الأحناف فلا تورث. والجمهور يقولون ببقائها حتى تنتهي مدتها.

التقسيم السابع: إلى أموال ظاهرة وأموال باطنة:

الأموال الظاهرة: هي ما لا يمكن إخفاؤه كالزروع والثمار والمواشي. وهذا تعريف الماوردي. وأضاف عليه القرضاوي: "هي التي يمكن لغير مالكها معرفتها وإحصاؤها. وتشمل الحاصلات الزراعية من حبوب وثمار والثروة الحيوانية من بقر وإبل".

أما الأموال الباطنة: فهي ما أمكن إخفاؤه، من الذهب والفضة. وأضاف أيضا القرضاوي: "وما في حكمها وعروض التجارة".

ومن الأمثلة الحديثة للمال الظاهر: شركات المساهمة العامة.

ومن أمثلة المال الباطن: القروض، والاعتمادات المستندية والأرصدة المصرفية، وصكوك المقارضة، والمواد الخام، والسلع غير المصنعة.

ثمرات هذا التقسيم:

1- ما يتعلق بالزكاة فيها: الدولة تجبي زكاة الأموال الظاهرة، وتترك زكاة الأموال الباطنة إلى أصحابها.

2- ما يتعلق بالدين فيها: الاتفاق حاصل على إسقاط الزكاة في النقود مع الدين، بخلاف الدين في الأموال الظاهرة.

3- في نقل مال الزكاة: أي نقلها من بلد إلى بلد، وقد رخص في الأموال الباطنة، ولم يترخصوا في الأموال الظاهرة. والعلة في ذلك بيّنة؛ إذ أن الأموال الباطنة لا يراها أصحاب الاستحقاق، وأما الأموال الظاهرة ففي إخراجها من البلاد أمام مرأى الفقراء والمساكين إضرار بهم.

4- في النفقات: وهو مما يمكن اعتباره معيارا للتفرقة أيضا، إذ النفقات في الأموال الظاهرة، مثل نفقات العلف للمواشي، ونفقات السقي في الزروع والثمار، والنفقات العائلية، لها اعتبار في الأموال الظاهرة بخلاف الباطنة، وذلك لإيجاب الزكاة في السائمة دون المعلوفة.

التقسيم الثامن: المال القابل للقسمة وغير القابل للقسمة:

المال القابل للقسمة: هو ما لا يكون في تجزيئه وتبعيضه ضرر، بأن تكون المنفعة فيه ثابتة لكل قسم منه بعد القسمة، مثل القمح والزيت.

أما المال غير القابل للقسمة: فهو ما لو قُسم لتعطلت منفعته مثل الكرسي، والثوب المخيط، والكتاب. وهذان التعريفان للأستاذ مصطفى الزرقا رحمه الله.

كما ذكر الأستاذ قسما آخر هو متردد بين النوعين السابقين، مثل العقارات كالدور والحوانيت، ففي أي قسم نعتبرها. فقال "إذا أمكنت قسمتها بحيث يبقى كل قسم منها منتفعا به انتفاع الأصل، فهي من القابل للقسمة. وإذا تغير أصل منفعتها فلا تقسم".

ثمرات هذا التقسيم:

1- في الاشتراك: المال القابل للقسمة تجري فيه القسمة قضائيا بطلب أحد الشركاء، وهي قسمة الإجبار التي يمكن العدل فيها من غير تحمل ضرر من أحد الطرفين أو رد من الآخر.

أما المال غير القابل للقسمة فتجري فيه القسمة الرضائية وهي التي فيها ضرر وردّ عوض من أحد المتعاقدين، فلا يمكن القسمة فيها بالعدل التام.

2- في الهبة: عقد الهبة إذا ورد على حصة مشاعة من العين كما إذا وهب المالك نصف أو ربع ما يملك صحّ إذا كانت العين قابلة للقسمة.

أما إذا كانت غير قابلة، فيجب تقسيم العين أولا ثم هبة الجزء المراد هبته.

3- في النفقات: في المال القابل للقسمة إذا كان العقار مشتركا واحتاج إلى النفقة، فأنفق أحد الشريكين بلا إذن الشريك أو الحاكم اعتبر الشريك متبرعا بنفقته.

وأما غير القابل للقسمة فللمنفق حق مطالبة شريكه بما يصيبه من القيمة.

التقسيم التاسع: الأصول والثمرات:

الأصل من الأموال: هو ما أمكن أن ينشأ عنه مال آخر كالدور والأراضي والدواب.

الثمرة: هي ما ينشأ عن مال آخر، وهي الغلات، كأجور العقارات، وثمار الشجر، ونتاج الحيوان من صوف ولبن وغيرها.

أما التعريف الحديث للأصول الثابتة: فهي الموجودات المادية والمعنوية للمشروعات الاقتصادية مما يتخذ بقصد الانتفاع به في أنشطة تلك المشروعات أو لدّر الغلة ... مثل وسائل النقل، أجهزة الحاسوب، وآلات الصناعة والبيوت المؤجرة التي يُقصد الانتفاع بها، كما تشمل الحقوق المعنوية الممتلكة للمشروع (الاسم التجاري، الترخيص التجاري، التأليف والاختراع).

ثمرات هذا التقسيم:

1- في البيوع: البيوع والتصرفات التي تعقد لأجل تمليك المنفعة فمالك المنفعة هو مستحق الثمرة، وأما الأصول فلا يقصد بها البيع.

2- في التملك: الأصول المخصصة لمصالح المجتمع، كالطرق والحدائق، رقابها وأصولها لا تقبل الملكية الفردية، أما ثمراتها فهي حق للأفراد.

3- في الوقف: المال الموقوف أصله محجور، فلا يملك ولا يوزع منه شيء على مستحقي الوقف، أما ثمرته فمملوكة لهم وتوزع عليهم.

التقسيم العاشر: الأموال الخاصة والعامة

الأموال الخاصة: هي ما دخلت في الملك الفردي، فكانت محجورة عن الكافة.

الأموال العامة: وهي ما ليست داخلة في الملك الفردي بل هي لمصلحة العموم ومنافعهم. أي هي كل مال ثبتت عليه اليد في بلاد المسلمين ولم يتعين مالكه، بل هو للمسلمين جميعهم.

وبين هذين القسمين تردد النقاش حول موقع المباحات من الأموال العامة والخاصة.

والمباحات: هي الأموال غير المحرزة، وغير المنتفع بها عموما إلا أن يدخلها التملك بعد حيازتها سواء من طرف أفراد أو جماعات، كحيوانات الصيد، وحطب البوادي، والأراضي الموات، وتصح أن تكون من المال الخاص، أو العام بعد حيازتها من أحد الجهات المعروفة.

أما الأموال غير القابلة للتملك الفردي، فهي من مرافق المجتمع، والمعدة لمصلحة أهله كافة، كالأنهار الكبيرة والمياه الجوفية والجسور وغيرها.

وكل من المال العام والخاص يمكن أن ينقلب، فيصبح العام خاصا والخاص عاما.

فالمال الخاص ينقلب إلى مال عام؛ إما بإرادة مالكيه وتخصيصهم كالمساجد والمقابر الموقوفة، وإما بإيجاب الشرع؛ كما في الاستملاك الجبري لأجل المصالح العامة، كاستملاك الحكومة أرضا لجعلها طريقا أو مستشفى أو غيرهما من مصالح المجتمع.

والمال العام يمكن أن ينقلب إلى مال خاص؛ كما لو استبدل مستشفى موقوف أو من أملاك الدولة إذ يصبح ملكا لمشتريه، وكما لو استغني عن طريق فللحكومة أن تبيعه فيصبح ملكا خاصا.

ثمرات هذا التقسيم:

1- في قابليتها للتمليك والتداول: الأموال الخاصة تقبل التداول وعقود التمليك، أما العامة فلا تقبل ذلك.

2- حق الشفعة: الأموال الخاصة تجري فيها الشفعة إذا كانت غير منقولة، أما العامة فلا تجري فيها الشفعة.

3- في الصلح والضمان: لا يدخل على المال العام، فلا يحق للسلطان أو سائر ممثليه في فروع الأعمال أن يسامح فيه أو يصالح عنه أو يبرئ من لزمه ضمان بإتلاف أو غصب، بخلاف المال الخاص فهو مبني على المسامحة.

4- في الحجز القضائي: الأموال العامة لا تقبل الحجز القضائي، فلا يجوز حجز أملاك الدولة لاستيفاء دين عليها، أما الأموال الخاصة فتُحجز لاستيفاء الديون التي على أصحابها.

أسباب كسب المال وطرق الحصول عليه

يحث المولى تبارك وتعالى المسلم على عدم الركون للخمول والكسل، بسبب عذر التعبد، ويأمره بالانطلاق نحو السعي وتحصيل الرزق للوصول للكسب الحلال، قال تعالى: (فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) [الجمعة: 10].

وأسباب الحصول على المال عن طريق الكسب من جهتين:

1- من جهة القصد والطلب.

2- من جهة المصادفة والعرض.

1- ما هو من طريق القصد والطلب:

وينقسم إلى قسمين:

الأول: ما يؤخذ من يد الغير عن طريق المغالبة والاقتدار عليه، ويسمى مغرما وجباية، وهذا شأن الإمارة من غنائم الحروب. وهي أنواع:

أ ـ الغنيمة: وهي ما أخذ من الكفار قهرا بالقتال. وأحكام الغنيمة منثورة في الكتب الفقهية والذي يهمنا هنا هو الانتباه إلى أن الغنيمة تؤخذ قهرا بخلاف الفيء الذي يرجع إلى الكفار بغير قتال. قال تعالى: (وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِن كُنتُمْ آمَنتُمْ بِاللّهِ وَمَا أَنزَلْنَا عَلَى عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَقَى الْجَمْعَانِ وَاللّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ) [الأنفال:41].

ب ـ السلب: هو كل ما يستولي عليه المقاتل من سلاح وسهام وغيره. قال ﷺ في إباحة أخذه: "مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا ، لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ، فَلَهُ سَلَبُهُ" [أخرجه مالك في الموطأ عن أبي قتادة].

ت ـ النفل: وهو زيادة تزاد على سهم الغازي.

فهذه بعض أنواع المغانم التي تدخل في ملك الأفراد ويكتسبها الفرد من خلال كسبه في الجهاد وما يتعلق به.

وأما الثاني: فما يؤخذ عن طريق ضروب الاحتيال في طلب الكسب، ومنها:

1- الصيد: وهو الكسب من الحيوان الوحشي.

2- منافع الحيوانات الداجنة من لبن، وحرير، وصوف، وبيض...

3- الكسب من الأعمال الإنسانية: كالكتابة والنجارة...

4- ما كان من طريق المصادفة والعرض، أو ما يسمى الكسب دون عوض: وهو ما يكتسبه الإنسان دون تعب يذكر، بل جبرا دون أن يختار هو البحث عنه، وطرقه ومداخله كثيرة جدا. ومن أمثلتها:

أ- الوصية: وهي ما يصل إلى الموصى له بعد وفاة صاحبها. فهي عهد خاص إلى ما بعد الموت. قال تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) [البقرة: 180]. وقوله ﷺ: "ما حق امرئ مسلم له

شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده" [أخرجه مسلم في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما].

ب ـ الهبة: وهي تمليك في الحياة بلا عوض. وهي يمكن أن تكون في شكل صدقة أو هدية. عن خَالِدِ بْنِ عَدِيٍّ الْجُهَنِيِّ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: "مَنْ بَلَغَهُ مَعْرُوفٌ عَنْ أَخِيهِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ، وَلَا إِشْرَافِ نَفْسٍ فَلْيَقْبَلْهُ، وَلَا يَرُدَّهُ، فَإِنَّمَا هُوَ رِزْقٌ سَاقَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ إِلَيْهِ" [رواه أحمد]. وقال النبي ﷺ: "تَهَادَوْا، فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ" [رواه الترمذي عن أبي هريرة].

ت ـ الإرث: وهو تملك جبري شرّعه المولى تبارك وتعالى حقا لأهل الميت في تركته، من غير اختيار أو إرادة له أو لهم. وقد ورد النص على المواريث في عدة آيات من سورة النساء، هي:

(يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَآؤُكُمْ وَأَبناؤُكُمْ لاَ تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعاً فَرِيضَةً مِّنَ اللهِ إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيما حَكِيما) [الآية 11].

(وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوَاْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاء فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللهِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ) [الآية 12].

(يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلاَلَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِن كَانُواْ إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَاء فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّواْ وَاللهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ) [الآية 176].

ث ـ الخُلع: ويضاف له المهر في النكاح، فالعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع إن كان مكيلا أو موزونا، ولا يملك التصرف فيه إلا بقبضه. قال تعالى في إباحة الخلع مقابل عوض: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [البقرة: 229].

نظرية الملكية(*)

أولاً: التعريف:

لغة: حيازة الإنسان للمال واستبداده به.

اصطلاحًا: اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكِّن صاحبَه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمانع شرعي.

- والمانع الشرعي نوعان:

ـ نقص الأهلية؛ كما في الصغير والمجنون، إذ يتصرف عن كل منهما وليه.

ـ حق الغير؛ كما في المال المشترك والمال المرهون، إذ تتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن رغم ملكيتهم.

- أما تصرف الولي أو الوكيل أو الوصي، فلم يثبت له ابتداءً، وإنما بطرق الإنابة الشرعية.

حقيقة الملكية في الشريعة الإسلامية:

يتضح من التعريف أن الملك هو عبارة عن علاقة الإنسان بالمال وما في حكمه من المنافع.

فالملكية ليست شيئا ماديا، وإنما هي حق من الحقوق، والحق نوع من الاعتبار الشرعي، فحيثما أقر الشرع هذه العلاقة الاختصاصية بين الإنسان والمال ثبت الملك، وحيثما نفى الشرع هذه العلاقة انتفى الملك.

وذلك بخلاف المال الذي هو ذو مفهوم مادي يقع على الموجودات ذات المنافع.

(*) ـ ينظر:
المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله، ج1، الصفحات: 239-286.
الفقه الإسلامي وأدلته، للشيخ الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله، ج4، الصفحات: 2892-2914.
الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة (ملك)، ج 39، الصفحات: 31-46.
الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله.
تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، للدكتور بدران أبو العينين بدران، الصفحات: 305-358.
المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، للشيخ محمد مصطفى شلبي رحمه الله، الصفحات: 338-408.
المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد الكريم زيدان رحمه الله، الصفحات: 224-284.

ثانيًا: قابلية المال للتملك:

المال قابل بطبيعته للتملك، لكن قد يوجد ما يجعله غير قابل لذلك أحيانًا، ومن هنا ينقسم المال بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع:

1- ما لا يقبل التمليك ولا التملك بحال: وهذا يشمل كل ما خصص للمصلحة العامة والنفع العام؛ كالطرق العامة، والحصون، والسكك الحديدية، والأنهار، ونحوها، فإذا زالت عنها صفة التخصيص عادت لحالتها الأصلية وأمكن تملكها.

2- ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي؛ كالأموال الموقوفة، وأملاك بيت المال، وأموال الدولة، فكل ذلك لا يجوز بيعه ولا هبته إلا لمصلحة راجحة اقتضت ذلك.

3- ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقًا: كل ما عدا النوعين السابقين من أنواع المال.

ثالثًا: أنواع الملكية:

ينقسم الملك عدة تقسمات بحسب عدة اعتبارات:

أ - تقسيم الملك إلى متميز وشائع:

قسم الفقهاء الملك من حيث صورته إلى نوعين: متميز وشائع.

1- الملك المتميز:

هو ما يتعلق بشيء معين ذي حدود تفصله عن غيره، وذلك كملك إنسان رأسا من الغنم أو كتابا أو دارا، ونحو ذلك.

2- الملك الشائع أو المشاع:

هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيرا أو صغيرا. وذلك كما يملك إنسان نصف دار ، أو ربع فرس، أو نسبة مئوية في أرض، أو أسهما في شركة، ونحو ذلك. وهذا ما يسمونه (الحصة الشائعة) في الشيء المشترك.

ومقتضى هذا الشيوع؛ أن كل جزء أو ذرة من المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص، بل تتعلق به ملكيات جميعهم.

ومتى قسم المال المشترك بين الشركاء زال الشيوع من الملك، وأصبحت ملكية كل واحد في حصته ملكية متميزة.

ب ـ تقسيمه إلى ملك تام وملك ناقص:

1- الملك التام:

وهو ملك ذات الشيء ومنفعته معًا، فتثبت لمالكه جميع الحقوق الشرعية والآثار المترتبة عليها. وذلك كملك الأموال المنقولة من متاع وحيوان، وكملك الأموال غير المنقولة أي العقارات من أراض ودور ومحلات تجارية.

ومن خصائصه:

• الإطلاق والدوام في الملك، ما دام محل الملك قائمًا.

• يقبل النقل من ذمة لأخرى، وذلك بالعقد الناقل للملكية؛ كالبيع أو بالميراث أو بالوصية.

• لصاحبه فيه كامل صلاحيات التصرف؛ من حرية الاستخدام والاستثمار والبيع والهبة والوقف والوصية والإعارة والإجارة، ونحوها.

• إذا أتلف المالكُ ماله فلا ضمان عليه، لكنه يؤاخذ على ذلك ديانةً؛ لأن إتلافَ المال حرام، وقد يؤاخذ قضاءً، فيحجر عليه إذا ثبت سفهه.

2- الملك الناقص:

هو ملك العين وحدها، أو ملك المنفعة وحدها؛ أي: ملك حق الانتفاع، وهو على ثلاثة أنواع:

أ- ملك العين فقط:

وذلك بأن تكون العين مملوكة لجهة معينة، وتكون منافعها مملوكة لجهة أخرى؛ مثل أن يوصي شخصٌ لآخر بسكنى داره مدة حياته، فإذا مات الموصي قبْلَ الموصَى له كانت عين الدار ملكًا للورثة، أما الانتفاع بها، فهو من حق الموصى له، فإذا مات أو انتهت مدة الانتفاع عادت المنفعة للورثة، وأصبحت ملكيتهم تامة.

ب- ملك المنفعة فقط:

وله خمسة أسباب، وهي الإعارة، والإجارة، والوقف، والوصية، والإباحة:

ب-1- الإعارة: وهي عند جمهور الحنفية والمالكية: تمليكُ المنفعة بغير عِوَضٍ، فللمستعير أن ينتفع بنفسه، وله إعارة الشيء لغيره، لكن ليس له أن يؤجِّره لغيره؛ لأن الإعارة عقد غير لازم، والإجارة عقد لازم.

أما الشافعية والحنابلة، فيرون أن الإعارة هي إباحة المنفعة بلا عِوَض، وعليه فلا يحق للمستعير إعارة ما استعاره إلى غيره.

ب-2- الإجارة: وهي تمليك المنفعة بعِوَض، وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه أو عن طريق غيره مجانًا أو بعوض، ما لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين.

ب-3- الوقف: وهو حبس العين عن تمليكها لأحد من الناس وتمليك منفعتها إلى الموقوف عليه، وله استيفاء المنفعة بنفسه أو بغيره إن لم ينص الواقف على منع ذلك.

ب-4- الوصية بالمنفعة: وهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به، وله تحصيل المنفعة بنفسه، أو بغيره بعِوَض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي ذلك.

ب-5- الإباحة: وهي الإذن باستهلاك الشيء أو استعماله؛ كالإذنِ بتناول الطعام أو ركوب سيارته، وليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له بأي حال، وهذا باتفاق الفقهاء.

والفرق بين الإباحة والملك، أن المالك يملك الشيء ومنفعته، أما المباح له، فلا يملك الشيء ولا يملك منفعته، إنما أذن له بمجرد الاستهلاك أو الاستعمال.

خصائص حق الانتفاع:

يتميَّز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصية بأمور؛ منها:

- أن الملك الناقص يقبَلُ التقييد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه بعكس الملك التام.

- أن الملك الناقص يقبل التوارث عند الجمهور، خلافًا للحنفية الذين منعوا ذلك إلا في حال تحديد الانتفاع لمدة معلومة ومات المنتفِع قبل استيفائها، فللورثة حق الانتفاع إلى نهاية المدة.

- يحق لصاحب المنفعة تسلُّم العين المنتفع بها، ومتى تسلَّمها أصبحت أمانة في يدِه تجب عليه المحافظة التامة عليها، ويضمنها إذا هلكت بالتعدي والتقصير.

- على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان الانتفاع مجانًا - كما في الإعارة - وإلا كانت نفقتها على المالك كما في الإجارة.

- على المنتفع تسليم العين إلى مالكها متى طلبها، إلا إذا كان التسليم في ذلك الوقت يؤدِّي إلى الإضرار بالمنتفع، كما إذا طلبها منه قبيل وقت الحصاد، فيحق له إبقاؤها إلى وقت الحصاد بشرط دفع أجر المثل.

انتهاء حق المنفعة:

حق المنفعة مؤقت كما تقدم، وينتهي بواحد مما يلي:

• انتهاء مدة الانتفاع المحددة.

• هلاك العين أو تعييبها بحيث لا يمكن استيفاء المنفعة منها.

• وفاة المنتفِع عند الحنفية؛ لأن المنافع لا تورث عندهم كما تقدم.

• وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة بطريق الإعارة أو الإجارة، وهذا عند الحنفية، أما عند الجمهور فلا ينتهي ذلك بالموت.

ج- ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق:

وهو حق مقرَّر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر، مثل حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وحق الجوار، وحق العلو.

- ويُقصد بحق الشرب ما يحتاج إليه من الماء لسقي الزرع ونوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة للسقي، ويلحق به شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي.

وينقسم الماء بالنسبة لهذا الحق إلى أربعة أنواع:

• ماء الأنهار العامة؛ عام يحق لكل واحد الانتفاع به، لنفسه ودوابه وأراضيه بشرط عدم الإضرار.

• ماء الجداول والأنهار الخاصة المملوكة لشخص: يجوز لكل إنسان الشرب منه لنفسه ولدوابه، ولكن لا يجوز لغير المالك أن يسقي أراضيه منه إلا بإذنه.

• ماء العيون والآبار والحياض المملوكة لشخص: وهي مثل النوع الثاني في الحكم.

• الماء المحرز في أوان خاصة كالجرار والصهاريج ونحوها: فهذا لا يجوز لأحد أن ينتفع به إلا برضا صاحب الماء، إلا المضطر الذي يخشى على نفسه الهلاك عطشًا، فله أن يأخذ قدر حاجته ولو بالقوة؛ ليدفع الهلاك عن نفسه.

- أما حق المجرى: فهو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من أرض جاره إلى أرضه لسقيها.

- وحق المسيل: هو مجرى على سطح الأرض أو أنابيب تتخذ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع يحفظها، وليس لأحد منع ذلك إلا إذا حدث ضرر بيِّن.

- وحق المرور: وهو حق صاحب عقار داخلي في طريق يوصل إلى عقاره، سواء كان الطريق عامًّا أو خاصًّا مملوكًا للغير.

- وحق الجوار: وهو نوعان:

• حق التعلي: وهو حق ثابت لصاحب العلو على صاحب السفل بحيث يمكنه الوصول إلى عقاره وحسن الاستفادة منه على أكمل الوجوه.

• حق الجوار الجانبي: وهو الثابت لكلٍّ من الجارين على الآخر بألا يضر أحدهما بصاحبه، وأن يمكنه من كل ما يحقق المنفعة المقصودة من البناء.

بعض متعلقات حق الارتفاق:

أ- الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي:

• يختص حق الارتفاق بالعقارات، أما حق الانتفاع؛ فقد يتعلق بالعقارات، وقد يتعلق بالمنقولات.

• يكون حق الانتفاع دائمًا لشخص معين، أما حق الارتفاق؛ فالأغلب أن يكون في العقار إلا في حق الجوار، فقد يكون لشخص أو عقار.

• حق الارتفاق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك، وحق الانتفاع الشخصي مؤقت.

• حق الارتفاق يورث؛ لأنه تابع للعقار، وأما حق الانتفاع فمختلف في إرثه بين الفقهاء.

ب- خصائص حقوق الارتفاق:

• إذا ثبتت حقوق الارتفاق، فإنها تبقى ما لم يترتب على بقائها إضرار بالغير.

• إذا ترتب عليها ضرر أو أذى وجب إزالتها.

ج- أسباب حقوق الارتفاق:

1- الاشتراك العام: كالمرافق العامة التي تكون منافعها مشتركة بين عامة الناس.

2- الاشتراط في العقود: بأن يشترط البائع على المشتري حق المرور أو حق الشرب، ونحو ذلك.

3- التقادم: بأن يثبت حق الارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم وقت ثبوته، فيبقى على أصل المشروعية حتى يثبت العكس.

رابعا: أسباب الملك التام:

إن الأسباب الأساسية للملكية في الشريعة الإسلامية أربعة؛ هي:

الاستيلاء على المباح، والعقود، والخلفية، والتولد من الشيء المملوك.

1- الاستيلاء على المباح:

والمباح هو المال الذي لم يدخل في ملك محترم، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه؛ كالماء في منابعه، والكلأ في منابته، والحطب والشجر في البراري، وصيد البر والبحر.

فلكل إنسان أن يستولي على ما يستطيع من هذه المباحات، وما استولى عليه منها بقصد التملك فقد أصبح ملكا له دون سائر الناس. وهذا الاستيلاء بقصد التملك يسمى إحرازا.

لكن بشرط ألا يكون قد سبق إلى إحراز المباح شخص سابق.

فلو جمع إنسانٌ ماء المطر في وعاء وتركه، فليس لغيره أن يأخذه، لأنه قد خرج عن حكم الإباحة بإحراز الأول وأصبح مملوكا له. ومثل ذلك أيضا لو جمع إنسان حطبا من البرية وتركه فليس لغيره أخذه.

ومما يدخل ضمن إحراز المباحات؛ الغنائم الحربية، لأن أموال المحاربين تعتبر من المباحات، إذ أن ملكيتهم لها غير محترمة شرعا.

صور الاستيلاء على المباح، وهي أربعة:

أ- إحياء الموات: أي استصلاح الأراضي البُور التي ليست مملوكة لأحد ولا يُنتَفع بها، فيجوز تملُّكها بالإحياء؛ لقوله ﷺ: (مَن أحيا أرضًا ميتة فهي له)، ولا يشترط لذلك إذنُ الحاكم عند الجمهور خلافًا لمالك وأبي حنيفة.

ب- الاصطياد: وهو الاستيلاء على صيد البر أو البحر، أو اتخاذ الحياض أو الشباك التي تمنع الصيد من الفرار، وهو من أسباب التملك؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: 96].

ج- الاستيلاء على الكلأ والآجام: والكلأ هو الحشيش الذي ينبُتُ في الأرض بغير زرعٍ لرعي البهائم، وحكمه ألا يُملك وإن نبت في أرض مملوكة، وهو قول المذاهب الأربعة؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: (الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار)، فهو مباح للناس جميعًا.

والآجام هي الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة، فكل واحد له حق الاستيلاء عليها، وأخذ ما يحتاجه منها، غير أنه يحق للدولة تقييد ذلك رعاية للمصلحة العامة، أما إن كانت الآجام على أرض مملوكة، فلا يجوز استباحتها.

د- الاستيلاء على المعادن والكنوز: المعادن هي ما خلق في باطن الأرض؛ كالذَّهب والنُّحاس ونحوها. وأما الكنز، فهو ما دفنه الناس وأودعوه باطن الأرض من الأموال.

وذهب الحنفية إلى أن المعدِن والكنز يشملُهما اسم الرِّكاز الوارد في قوله ﷺ: (وفي الرِّكاز الخُمس)، وقال الجمهور: الرِّكاز المال المدفون منذ عهد الجاهلية.

أما حكم المعادن، ففيه خلاف بين أهل العلم:

قال المالكية ـ في المشهور عندهم ـ: جميع أنواع المعادن لا تُملك بالاستيلاء عليها، ولا تُملك تبعًا لملكية الأرض، بل هي للدولة المسلمة تتصرَّف فيها بحسب المصلحة العامة.

وقال الحنفية: تُملك المعادن بملك الأرض، أو يملكها مَن وجدها إذا كانت في أرض غير مملوكة، ويجب فيها الخُمس.

وقال الشافعية: مَن أحيا أرضًا مَواتًا تملك ما فيها من المعادن الباطنية، ولا شيء فيها للدولة، إنما تجب فيها الزكاة.

وقال الحنابلة: مَن أحيا أرضًا مواتًا تملك ما فيها من المعادن الجامدة.

أما حكم الكنز، فإن كان مما دفن منذ عهد الجاهلية فاتَّفق أهل المذاهب الأربعة على أن خُمسه لبيت المال، والباقي للواجد مطلقًا، وقيل: إن كانت الأرض مملوكة، فالباقي لأول مالك لها، أو لورثته إن عرَفوا، وإلا فهي لبيت المال.

وأما إن كان مما دُفِن في عهد الإسلام، فذهب الجمهور إلى إباحة تملُّكه والانتفاع به، فإذا ظهر صاحبه وجب ضمانه. وذهب الحنفية إلى أنه لا يملكه واجده، بل يعتبر كاللُّقطة، فيجب تعريفه والإعلان عنه، فإن وجد صاحبه سلِّم إليه، وإلا تصدَّق به على الفقراء.

2- العقود الناقلة للملكية:

وهي أوسع أسباب التملك وأعمها وقوعا، مثل البيع، والهبة، والوصية، ونحوها.

والعقود كلها تصرفات قولية يشترط فيها لتكون أسبابا للملكية شرائط من أهمها الأهلية والاختيار.

ويدخل ضمن العقود من حيث سبب الملكية، بالإضافة إلى الأنواع المعروفة حالتان:

الأولى: العقود الجبرية التي تقوم بإجرائها السلطة القضائية مباشرة وصراحة بالنيابة عمن تجب عليهم إذا امتنعوا عن إجرائها، وذلك كبيع مال المدين جبرا عليه لأجل وفاء الدين. ومثل بيع الحاكم للأموال المحتكرة على محتكريها عندما يضر بالناس احتكارها.

الثانية: نزع الملكية الجبري: وله صورتان بحسب صاحب المصلحة فيه:

أ- حق الشفعة: وهو حق الشريك أو الجار الملاصق أو الخليط في شراء العقار بثمنه.

ب- الاستملاك للصالح العام: وهو تملك الأرض بسعرها العادل جبرًا عن صاحبها للضرورة أو للمصلحة العامة؛ كتوسيع مسجد أو طريق، ونحو ذلك.

فالملكية في هاتين الصورتين تستند إلى سبب العقد؛ فملكية الشفيع للعقار المقضى له بها في صورة الشفعة، وملكية الجهة المستملك لحسابها في صورة الاستملاك، تعتبر مستندة إلى عقد شراء جبري يقدر وجودُه بطريق الاقتضاء والاستلزام.

3- الخَلَفِيَّة: حلول شخص أو شيء جديد محل قديم زال في الحقوق، وهي نوعان:

• أن يخلف شخصٌ غيرَه فيما كان يملك؛ أي: خلفية شخص عن شخص، وهي الإرث، وهو سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورِّث من أموال التركة.

• أن يحل شيء محل شيء آخر، أي خلفية شيء عن شيء، وهي التضمين، وهو إيجاب الضمان أو التعويض على مَن أتلف شيئًا لغيره، أو غصب منه شيئًا فهلك أو فقد، أو ألحق ضررًا بغيرِه بجناية أو تسبُّب، ويدخل في هذا الدِّياتُ وأروش الجنايات، وهي التعويضات المالية المقدرة شرعًا، الواجبة على الجاني في الجراحات.

أ- الإرث: خلفية يحل بها الوارث محل المتوفى في ملكية أمواله التي خلفها. وهو سبب طبيعي للتلمك ثابت بحكم الشريعة دون حاجة إلى سابق اتفاق أو وصية، ولا يتوقف على قبول الوارث بعد وفاة المورث ولا يلغى برفضه أخذه بل يدخل في ملكيته مباشرة بمقتضى كونه وارثا شرعا، وهذا معنى قول الفقهاء: إن الإرث جبري.

لكن الملكية بالإرث لا تثبت إلا بعد إخراج الحقوق المتعلقة بالتركة ومنها خاصة حقوق الدائنين، فلو استهلكت هذه الحقوق التركة كلها لم يبق للوارث شيء يملكه.

ب- التضمين أو التعويض: فإذا أتلف أحد لآخر شيئا أو غصبه منه فهلك أو فقد، وكذا إذا ألحق بغيره ضررا بجناية أو تسبب، فيجب عليه ضمان ما أتلفه وتعويض الضرر الذي باشره أو تسبب به. وعندئذ يملك المعوَّض له ذلك العوض ملكا مستندا إلى سبب الخلفية.

ويدخل في ذلك أيضا الدية وأرش الجنايات.

4- التولد من المملوك:

من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي؛ أن ما يتولد أو ينشأ من المملوك يصبح مملوكا.

فكل ما تولَّد من شيء مملوك يكون مملوكًا لمالك الأصل؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع وهو أولى به من سواه، فثمرة الشجر، وولد الحيوان، وصوف الغنم ولبنها، لمالك الأصل.

وإذا تولد شيء من مشترك فهذا المتولد الحاصل يكون مشتركا بين المالكين للأصل بنسبة حصصهم فيه.

ونتاج المغصوب يجري على هذا الأساس؛ فولد الدابة المغصوبة وثمر الكرْم المغصوب ملك للمالك المغصوب منه لا للغاصب.

ولكن هل يسري حكم الغصب على الفرع المتولد في يد الغاصب، فيعتبر غاصبا للفرع أيضا منذ تولده، فيضمنه إذا هلك، أو لا يسري الغصب عليه إلا بشرائط. هذا مما اختلف فيه الفقهاء.

وأما مَن غصب أرضًا وزرعها، فلا يملك الزرع على الصحيح؛ لقولِه ﷺ: (مَن زرع في أرض قوم بغير إذنِهم، فليس له من الزرع شيء وله نفقته)، وهو مذهب الحنابلة، وقال غيرهم: بل يملك الزرع؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه، وعليه كراء الأرض، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع.

خامسا: خصائص الملكية:

للملكية في مختلف أنواعها وصورها خصائص يختلف فيها بعض أنواع الملكية عن بعض.

هذه الخصائص هي قابليات واعتبارات شرعية يقبل بمقتضاها بعض انواع الملكية ما لا يقبله غيره من التصرفات والأحكام، بحسب طبيعة كل نوع، وما يرمي إليه النظر التشريعي فيه.

وهذه الخصائص، كما أوردها الشيخ مصطفى أحمد الزرقا رحمه الله، هي باختصار:

الخاصة الأولى: أن ملك العين يستلزم مبدئيا ملك المنفعة ولا عكس

وذلك لأن ملكية الأشياء ليست مقصودة لذاتها، وإنما الغاية منها هي منافعها. بينما ملك المنفعة لا يستلزم ملك العين، كما في الإجارة والإعارة.

الخاصة الثانية: أن أول ملكية تثبت على الشيء الذي لم يكن مملوكا قبلها إنما تكون دائما ملكية تامة

أي أنها تكون شاملة لرقبة الشيء ومنافعه معا.

والملكية الأولى هي التي تثبت على الشيء بسبب منشئ، أي بطريق إحراز المباحات، أو بالتولد من المملوك. ومتى ثبتت هذه الملكية على شيء بسببها المنشئ لم يتعلق بذلك الشيء ملك جديد إلا بالسبب الناقل للملكية؛ وهو إما العقد أو الخلفية.

الخاصة الثالث: أن ملكية العين لا تقبل التوقيت، أما ملكية المنفعة فالأصل فيها التوقيت

فملكية العين متى ثبتت بأحد أسبابها تثبت مؤبدة، وإنما يُتصور أن يطرأ عليها بعد ذلك انتقال بسبب جديد ناقل، فإن لم يطرأ عليها ناقل من عقد جديد أو خلفية لا تنتهي الملكية التي سبق ثبوتها.

أما ملكية المنافع دون الأعيان؛ فالأصل فيها التوقيت، كما في الإعارة، والإجارة، والوصية بمنفعة شيء لشخص مدة محدودة، فمتى انقضت تلك المدة المحدودة انقطع حق الانتفاع.

الخاصة الرابعة: أن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط وإنما تقبل النقل

فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له لا تسقط ويبقى ملكا له. ويُستثنى من عدم قابلية ملكية العين للإسقاط؛ الوقفُ، على رأي من يرى الوقف إسقاطا لملكية الواقف لا تبرعا، فقد خرجت عين الموقوف عن ملكية الواقف لا إلى مالك جديد هو الجهة الخيرية الموقوف عليها.

الخاصة الخامسة: أن الملكية الشائعة في الأعيان المادية، هي ـ في الأصل ـ كالملكية المتميزة في قابلية التصرف إلا لمانع

فوجود المانع هو حالة استثنائية من المبدأ، وهذا المانع يتصور بالنسبة إلى التصرف الفعلي، وبالنسبة إلى التصرف القولي:

ففي التصرف الفعلي؛ يمتنع على صاحب الحصة الشائعة كل ما يمس حقوق الشريك الآخر، فليس له إتلاف حصته لأن ذلك يستتبع إتلاف حصة شريكه لعدم التميز، وإنما له أن يتبادل الانتفاع بالشيء المشترك على سبيل المهايأة بنسبة حصته.

وأما التصرفات القولية فتجري في الحصة الشائعة كما في الحصة المتميزة، فيصح بيع الحصة الشائعة من شيء والصلح عنها ووقفها والوصية بها، سواء أكان البائع أو العاقد مالكا لتلك الحصة المعقود عليها فقط، أو مالكا للشيء كاملا، لأن التصرف في بعض الشيء المملوك جائز كالتصرف فيه كله.

الخاصة السادسة: أن الملكية الشائعة في الديون المشتركة، وهي متعلقة بالذمم، لا تقبل القسمة

فإذا قبضت تلك الديون المشتركة تعلقت الملكية عندئذ بعين المقبوض، فأصبحت ملكية عين لا دين، فيقسم المقبوض بين أصحاب الحصص الشائعة فيه كما تقسم سائر الأعيان المشتركة القابلة للقسمة.

مثال ذلك؛ ما لو استوفى أحد شركاء الدين المشترك ما يعادل حصته من المدين، لا يختص هو بالمقبوض، بل يكون لشركائه في الدين أن يقاسموه ما قبض، فيأخذ كل منهم حصته منه، إذ لو ساغ أن يستقل الواحد منهم بقبض حصته لوجب أن يُعتبر الدين قد اقتُسم وهو في الذمة وتميزت فيه حصص الدائنين، فلا يمكن عندئذ أن يكون مشتركا، بينما هو مشترك.

نظرية العقد[*]

أولا: تعريف العقد:

الْعقْدُ في اللُّغة: الرّبْطُ والشّدُّ والضّمانُ والْعهْدُ. ويُطْلقُ أيْضًا على الْجمْع بيْن أطْراف الشّيْء وربطها، وضده الحل. وجمعه عُقُودٌ، ومنْهُ قوله تعالى: (يا أيُّها الّذين آمنُوا أوْفُوا بالْعُقُود) [المائدة: 1].

وفي الاصْطلاح يُطْلقُ الْعقْدُ على معْنييْن:

أ - الْمعْنى الْعامُّ، وهُو كُلُّ ما يعْقدُ الشّخْصُ العزم أنْ يفْعلهُ ويلتزم به، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم التقت إرادتان في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن. وعلى ذلك فيُسمّى الْبيْعُ والنّكاحُ وسائرُ عُقُود الْمُعاوضات عُقُودًا؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منْ طرفي الْعقْد ألْزم نفْسهُ الْوفاء به. وسُمّي الْيمينُ على الْمُسْتقْبل عقْدًا؛ لأنّ الْحالف ألْزم نفْسهُ الْوفاء بما حلف عليْه من الْفعْل أو التّرْك، وكذلك الْعهْدُ والأْمانُ؛ لأنّ مُعْطيها قدْ ألْزم نفْسهُ الْوفاء بها، وكذا كُلُّ ما شرط الإْنْسانُ على نفْسه في شيْءٍ يفْعلُهُ في الْمُسْتقْبل فهُو عقْدٌ، وكذلك النُّذُورُ وما جرى مجْرى ذلك. والعقد بهذا المعنى هو ما يعرف بالالتزام، حيث ينتظم جميع الالتزامات الشرعية.

ب - الْمعْنى الْخاصُّ، يُطْلقُ الْعقْدُ على ما ينْشأُ عن اتفاق إرادتيْن لظُهُور أثره الشّرْعيّ في الْمحلّ، فهو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثرا في محله.

والفرق بين المعنيين أن التعريف الأول يطلق على الالتزام وهو معنى أعم ولا يحتاج إلى ارتباط إرادة أخرى بالإرادة المنشئة لإثبات الأثر. والمعنى الثاني يخص الفعل الناشئ عن إرادة فحتى يثبت أثره لابد أن ترتبط بإرادة أخرى.

---

[*] - يُنظر:
الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، مادة "عقد"، الصفحات: 198-243.
المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله، ج1، الصفحات: 288-590.
المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، للدكتور حسين حامد حسان، الصفحات: 233-476.
الفقه الإسلامي وأدلته، للشيخ الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله، ج4، الصفحات: 2915-3136.
الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله، الصفحات: 197-465.
تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، للدكتور بدران أبو العينين بدران، الصفحات: 359-554.
المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، للشيخ محمد مصطفى شلبي رحمه الله، الصفحات: 409-633.
المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد الكريم زيدان رحمه الله، الصفحات: 285-398.
نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، للأستاذ محمد سلامة.
ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور عدنان خالد التركماني.

فتكون أفعال الإنسان ثلاثا: تصرف؛ وهو أي فعل يقوم به الإنسان مما يثبت أثرا عقديا أو التزاميا من جانب واحد أو عاما. والتزام؛ وهو ما عزم الإنسان على فعله بتسليط إرادته عليه ويثبت أثرا. وعقد؛ وهو اتفاق إرادتين ليثبت أثرا فالعقد إرادة الإنسان مع إرادة أخرى.

فيكون التصرف أعم من العقد والالتزام، والالتزام أعم من العقد.

وموْضُوعُ الْبحْث هُنا الْعقْدُ بالْمعْنى الْخاصّ.

ثانيا: أرْكانُ الْعقْد:

اتّفق الْفُقهاءُ على أنّ الْعقْد لا يُوجدُ إلاّ إذا وُجد عاقدٌ وصيغةٌ (الإيْجابُ والْقبُولُ) ومحلٌّ يردُ عليْه الأيْجابُ والْقبُولُ (الْمعْقُودُ عليْه).

وذهب جُمْهُورُ الْفُقهاء إلى أنّ هذه الثّلاثة كُلّها أرْكانُ الْعقْد.

بينما ذهب الْحنفيّةُ إلى أنّ رُكْن الْعقْد هُو الصّيغةُ فقطْ، أمّا الْعاقدان والْمحلُّ فممّا يسْتلْزمُهُ وُجُودُ الصّيغة، لا من الأرْكان، وذلك لأنّ ما عدا الصّيغة ليْس جُزْءًا منْ حقيقة الْعقْد وإنْ كان يتوقّفُ وُجُودُهُ عليْه.

ولكُلّ واحدٍ من الصّيغة والْعاقديْن والْمحلّ شُرُوطٌ لا بُدّ لوُجُود الْعقْد الشّرْعيّ منْ توافُرها، نبْحثُها فيما يلي:

الركن الأول: صيغةُ الْعقْد (الإيجاب والقبول):

صيغةُ الْعقْد: كلامٌ أوْ فعْلٌ يصْدُرُ من المتعاقدين ويدُلُّ على رضاهُما وتوجه إرادتيهما الباطنتين لإنشاء العقد وإبرامه، ويُعبّرُ عنْها الْفُقهاءُ بـ (الأيْجاب والْقبُول).

وتخْتلفُ الصّيغةُ في الْعقْد حسْب اخْتلاف الْعُقُود:

ففي عقْد الْبيْع مثلاً يصْلُحُ للصّيغة كُلُّ لفْظٍ أوْ فعْلٍ يدُلُّ على الرّضا والتّمْليك بعوضٍ، مثْل قوْل الْبائع: بعْتُك، أوْ: أعْطيْتُك، أوْ: ملّكْتُك بكذا، وقوْل الْمُشْتري: اشْتريْتُ، أوْ تملّكْتُ، أو ابْتعْتُ، أوْ: قبلْتُ، أوْ نحْو ذلك.

وفي عقْد الْحوالة يكْفي كُلُّ ما يدُلُّ على الرّضا بالنّقْل والتّحْويل، مثْلُ قوْل الْمُحيل: أحلْتُك وأتْبعْتُك، وقوْل الْمُحال عليْه: رضيتُ وقبلْتُ، ونحْوها.

وعقْدُ الرّهْن ينْعقدُ بقوْل الرّاهن: رهنْتُك هذه الدّار، أوْ أعْطيْتُها لك رهْنًا، وقوْل الْمُرْتهن: قبلْتُ أوْ رضيتُ.

فالأصْلُ أنّ كُلّ ما يدُلُّ على الإيجاب والْقبُول لُغةً أوْ عُرْفًا ينْعقدُ به الْعقْدُ، فلا يُشْترطُ في انْعقاد الْعقْد في الأصْل لفْظٌ خاصٌّ، ولا صيغةٌ خاصّةٌ.

واسْتثْنى بعْضُ الْفُقهاء منْ هذا الأصْل عقْد النّكاح، فلا يصحُّ إلاّ بلفْظ النّكاح والزّواج ومُشْتقّاتهما، كما ذهب إليْه الشّافعيّةُ والْحنابلة.

أمّا الْحنفيّةُ والْمالكيّةُ فلا يشْترطُون في عقْد النّكاح هذيْن اللّفْظيْن، فيصحُّ عنْدهُما بكُلّ لفْظٍ يدُلُّ على التّأْبيد مُدّة الْحياة، كأنْكحْتُ وزوّجْتُ وملّكْتُ وبعْتُ ووهبْتُ ونحْوها، إذا قُرن بالْمهْر ودلّ اللّفْظُ على الزّواج.

الْمُرادُ بالإيجاب والْقبُول:

الْمُرادُ بالإيجاب في الْعُقُود عنْد الْحنفيّة هُو: ما صدر أوّلاً منْ كلام أحد الْمُتعاقديْن، أوْ ما يقُومُ مقام الْكلام، سواءٌ أكان من الْمُملّك أمْ من الْمُتملّك، والْقبُولُ: ما صدر ثانيًا عنْ أحد الْمُتعاقديْن دالًّا على مُوافقته بما أوْجبهُ الأوّلُ فالْمُعْتبرُ عنْدهُمْ أوّليّةُ الصُّدُور في الإيجاب وثانويّتُهُ في الْقبُول، سواءٌ أكان من الْمُملّك أمْ من الْمُتملّك.

ويرى غيْرُ الْحنفيّة أنّ الإيجاب: ما صدر ممّنْ يكُونُ منْهُ التّمْليكُ كالْبائع والْمُؤجّر والزّوْجة أوْ وليّها، سواءٌ صدر أوّلاً أوْ آخرًا، والْقبُولُ: هُو ما صدر ممّنْ يصيرُ لهُ الْملْكُ وإنْ صدر أوّلاً، فالْمُعْتبرُ عنْدهُمْ هُو أنّ الْمُملّك هُو الْمُوجبُ والْمُتملّكُ هُو الْقابلُ، ولا اعْتبار لما صدر أوّلاً أوْ آخرًا.

وسائلُ الإيجاب والْقبُول:

اتّفق الْفُقهاءُ في الْجُمْلة على أنّ الإيجاب والْقبُول كما يحْصُلان بالألْفاظ، كذلك يحْصُلان بالْكتابة والإشارة والرّسالة والْمُعاطاة، لكنّهُمُ اخْتلفُوا في حُكْم بعْض هذه الْوسائل في بعْض الْعُقُود، وبيانُ ذلك فيما يلي:

أ ـ الْعقْدُ بالإيجاب والْقبُول اللّفْظيّيْن:

الإيجابُ والْقبُولُ بالألْفاظ هُو الأصْلُ في انْعقاد الْعُقُود عنْد جميع الْفُقهاء، ولا خلاف بيْن الْفُقهاء في أنّ الإيجاب والْقبُول إذا كانا بصيغة الْماضي ينْعقدُ بهما الْعقْدُ كما إذا قال الْبائعُ: بعْتُ، وقال الْمُشْتري: اشْتريْتُ، ولا حاجة في هذه الْحالة إلى النّيّة؛ لأنّ هذه الصّيغة وإنْ كانتْ للْماضي وضْعًا لكنّها جُعلتْ إيجابًا للْحال في عُرْف أهْل اللُّغة والشّرْع، ولأنّ هذه الألْفاظ صريحةٌ في عقْد الْبيْع فيلْزمُهُما.

ولا ينْعقدُ بما يدُلُّ على الاسْتقْبال كصيغة الاسْتفْهام، مثل: هل تبيعني هذا الشيء؟ ومثلها الْمُضارع المقرون بالسين أي الْمُراد به الاسْتقْبالُ، مثل: سأبيعك.

واخْتلفُوا فيما يدُلُّ على الْحال كصيغة الأمْر مثلاً، كقوْله: بعْني، فإذا أجابهُ الأخرُ بقوْله: بعْتُك، قال الْحنفيّةُ: كان هذا اللّفْظُ الثّاني إيجابًا واحْتاج إلى قبُولٍ من الأوّل، وهذا روايةٌ عنْد الْحنابلة ومُقابلُ الأظْهر

عنْد الشّافعيّة أيْضًا. وقال الْمالكيّةُ ـ وهُو الأْظْهرُ عنْد الشّافعيّة وروايةٌ عنْد الْحنابلة ـ ينْعقدُ بهما الْبيْعُ، ولا يحْتاجُ إلى قبُولٍ من الأوّل. أما الحنفية فقالوا: إن ما عدا عقد الزواج لا ينعقد بلفظ الأمر.

أمّا صيغةُ الْمُضارع فإذا أراد بها الْحال ينْعقدُ الْعقْدُ وإلاّ فلا، فإذا قال الْبائعُ: أبيعُ منْك هذا بألْفٍ أوْ أبْذُلُهُ أوْ أُعْطيكهُ، وقال الْمُشْتري: أشْتريه منْك أوْ آخُذُهُ، ونويا الإْيجاب للْحال، أوْ كان أحدُهُما بلفْظ الْماضي والأْخرُ بالْمُسْتقْبل مع نيّة الإيجاب للْحال، فإنّهُ ينْعقدُ، وإنْ لمْ ينْو لمْ ينْعقد.

الصّريحُ والْكنايةُ في الصّيغة:

من الصّيغ ما هُو صريحٌ في الدّلالة على الْمُراد فلا يحْتاجُ إلى نيّةٍ أوْ قرينةٍ؛ لأنّ الْمعْنى مكْشُوفٌ عنْد السّامع.ومنْها ما هُو كنايةٌ، فلا يدُلُّ على الْمُراد إلاّ بالنّيّة أو الْقرينة؛ لأنّهُ يحْتملُ الْمُراد وغيْرهُ، فيحْتاجُ في الاعْتداد به لنيّة الْمُراد لخفائه.

ويتّفقُ الْفُقهاءُ على أنّ الطّلاق والْعتْق والأْيْمان والنُّذُور تنْعقدُ بالْكناية كما تنْعقدُ بالصّريح.

ولكنّهُمْ يخْتلفُون في انْعقاد ما عدا ذلك من التّصرُّفات بالْكنايات.

وأكْثرُ الْفُقهاء تفْصيلاً في بيان اسْتعْمال صيغ الصّريح والْكناية في الْعُقُود هُمُ الشّافعيّةُ.

واخْتلف فُقهاءُ الْحنابلة في دُخُول الْكناية في الْعُقُود.

وأمّا الْمالكيّةُ فقدْ اختلفت أقوالهم في قبول الكناية في العقود، والظاهر أنهم يعتبرونها.

والّذي يُفْهمُ منْ كلام الْحنفيّة أنّ الْكناية تدْخُلُ في الْعُقُود كذلك.

ب ـ الْعقْدُ بالْكتابة أو الرّسالة:

اتّفق الْفُقهاءُ في الْجُمْلة على صحّة الْعُقُود وانْعقادها بالْكتابة وإرْسال رسُولٍ إذا تمّ الإْيجابُ والْقبُولُ بهما، وهذا في غيْر عقْد النّكاح.

ثُمّ اخْتلفُوا في بعْض الْعُقُود وفصّلُوا في بعْض الشُّرُوط.

أمّا عقْدُ النّكاح فلا ينْعقدُ بالْكتابة عنْد جُمْهُور الْفُقهاء: الْمالكيّة والشّافعيّة والْحنابلة، سواءٌ أكان الْعاقدان حاضريْن أمْ غائبيْن.

وفصّل الْحنفيّةُ في جواز عقْد النّكاح بالْكتابة فقالُوا: لا ينْعقدُ بكتابة حاضرٍ.أمّا كتابةُ غائبٍ عن الْمجْلس فينْعقدُ بها النّكاحُ بشُرُوطٍ وكيْفيّةٍ خاصّةٍ عندهم.

ويُشْترطُ في انْعقاد الْعقْد بالْكتابة ـ عُمُومًا ـ أنْ تكُون مُسْتبينةً؛ أيْ تبْقى صُورتُها بعْد الانْتهاء منْها، كالْكتابة على الصّحيفة أو الْورق، وأنْ تكُون مرْسُومةً بالطّريقة الْمُعْتادة بحسب الْعُرْف فتُقْرأُ وتُفْهمُ، أمّا

إذا كانتْ غيْر مُسْتبينةٍ كالْكتابة على الْماء أو الْهواء، أوْ غيْر مرْسُومةٍ بالطّريقة الْمُعْتادة فلا ينْعقدُ بها أيُّ عقْدٍ.

ووجْهُ انْعقاد الْعُقُود بالْكتابة هُو أنّ الْقلم أحدُ اللّسانيْن كما قال الْفُقهاءُ بلْ رُبّما تكُونُ هي أقْوى من الأَلْفاظ، ولذلك حثّ اللهُ تعالى الْمُؤْمنين على توْثيق دُيُونهمْ بالْكتابة حيْثُ قال: (يا أيُّها الّذين آمنُوا إذا تداينْتُمْ بديْنٍ إلى أجلٍ مُسمًّى فاكْتُبُوهُ)، إلى قوْله سُبْحانهُ: (ذلكُمْ أقْسطُ عنْد الله وأقْومُ للشّهادة وأدْنى ألاّ ترْتابُوا إلاّ أنْ تكُون تجارةً حاضرةً تُديرُونها بيْنكُمْ فليْس عليْكُمْ جُناحٌ ألاّ تكْتُبُوها) [البقرة: 282].

ج - الْعقْدُ بالإشارة:

اتّفق الْفُقهاءُ على أنّ إشارة الأَخْرس الْمعْهُودة والْمفْهُومة مُعْتبرةٌ شرْعًا، فينْعقدُ بها جميعُ الْعُقُود، كالْبيْع والإجارة والرّهْن والنّكاح ونحْوها.

واخْتلفُوا في إشارة غيْر الأَخْرس، فقال جُمْهُورُ الْفُقهاء: إذا كان الشّخْصُ قادرًا على النُّطْق لا تُعْتبرُ إشارتُهُ، خلافًا للْمالكيّة حيْثُ صرّحُوا باعْتبار الإشارة في الْعُقُود ولوْ مع الْقُدْرة على النُّطْق.

د - الْعقْدُ بالتّعاطي (الْمُعاطاة):

وصُورتُهُ في الْبيْع: أنْ يأْخُذ الْمُشْتري الْمبيع ويدْفع للْبائع الثّمن، أوْ يدْفع الْبائعُ الْمبيع فيدْفع الأخرُ الثّمن منْ غيْر تكلُّمٍ ولا إشارةٍ، وكما يكُونُ التّعاطي في الْبيْع يكُونُ في غيْره من الْمُعاوضات.

وعقْدُ الزّواج لا ينْعقدُ بالتّعاطي.

أمّا سائرُ الْعُقُود فالأصْلُ فيها أنْ تنْعقد بالأقْوال؛ لأنّ الأفْعال ليْس لها دلالةٌ بأصْل وضْعها على الالْتزام بالْعقْد، لكنْ إذا كان التّعاطي ينْطوي على دلالةٍ تُشْبهُ الدّلالة اللّفْظيّة حسْب الْعُرْف والْعادة فذهب جُمْهُورُ الْفُقهاء إلى أنّهُ ينْعقدُ به الْعقْدُ إذا وُجدتْ قرائنُ تدُلُّ على أنّهُ يُفيدُ الرّضا، وهذا في عُقُود الْمُعاوضات كالْبيْع والإجارة والاسْتصْناع ونحْوها، وهذا هُو مذْهبُ الْحنفيّة والْمالكيّة والْحنابلة.

والْمذْهبُ عنْد الشّافعيّة: عدمُ جواز الْعُقُود بالتّعاطي، وبعْضُهُمْ أجاز الْعقْد بالتّعاطي في الْمُحقّرات دُون غيْرها.

شروط الإيجاب والقبول:

اشترط الفقهاء لانعقاد العقد شروطا ثلاثة في الإيجاب والقبول، هي:

1- مُوافقةُ الْقبُول للْإيجاب: اتّفق الْفُقهاءُ على أنّهُ لا بُدّ لانْعقاد الْعقْد منْ توافُق الإيجاب والْقبُول، ففي عقْد الْبيْع مثلاً يُشْترطُ أنْ يقْبل الْمُشْتري ما أوْجبهُ الْبائعُ بما أوْجبهُ، فإنْ خالفهُ بأنْ قبل غيْر ما أوْجبهُ أوْ بعْض ما أوْجبهُ، أوْ بغيْر ما أوْجبهُ أوْ ببعْض ما أوْجبهُ لا ينْعقدُ الْعقْدُ منْ غيْر إيجابٍ مُبْتدإٍ مُوافقٍ.

ويشْترطُ الْفُقهاءُ لانْعقاد الْعقْد توافُق الإْيجاب والْقبُول في الْمعْنى، ولهذا ذكرُوا أنّهُ لوْ قال: بعْتُكهُ بألْفٍ فقال: اشْتريْتُ بألْفيْن جاز؛ لأنّ الْقابل بالأْكْثر قابلٌ بالأْقلّ، وفي هذه الْحالة إنْ قبل الْبائعُ الزّيادة تمّ الْعقْدُ بألْفيْن، وإلاّ صحّ بألْفٍ فقطْ، إذْ ليْس للْقابل ولايةُ إدْخال الزّيادة في ملْك الْبائع بلا رضاهُ.

2- اتّصالُ الْقبُول بالإْيجاب: يُشْترطُ لانْعقاد الْعقْد أنْ يكُون الْقبُولُ مُتّصلاً بالإْيجاب، ويحْصُلُ هذا الاتّصالُ باتّحاد مجْلس الْعقْد، بأنْ يقع الإْيجابُ والْقبُولُ معًا في مجْلسٍ واحدٍ، فإذا كان الْعاقدان حاضريْن يُشْترطُ أنْ يحْصُل الْقبُولُ في الْمجْلس الّذي صدر فيه الإْيجابُ، وإذا كان منْ وُجّه إليْه الإْيجابُ غائبًا يُشْترطُ أنْ يحْصُل الْقبُولُ في مجْلس الْعلْم بالإْيجاب، وهذا في الْجُمْلة مع اسْتثْناء بعْض الْعُقُود منْ هذا الشّرْط، كعقْد الْوكالة والْوصيّة.

ومُقْتضى هذا الشّرْط: أنْ يكُون الْمُوجبُ باقيًا على إيجابه إلى أنْ يتّصل به الْقبُولُ في الْمجْلس، ولا يرْجع عن الإْيجاب قبْل اتّصال الْقبُول به، ولا يصْدُرُ عنْهُ أوْ ممّنْ وُجّه إليْه الإْيجابُ ما يدُلُّ على الإْعْراض ولا ينْفضّ مجْلسُ الْعقْد قبْل تمام الْعقْد ولا يعْني هذا بالضّرُورة أنْ يحْصُل الْقبُولُ فوْر صُدُور الإْيجاب، فالْجُمْهُورُ من الْفُقهاء لا يشْترطُون الْفوْريّة في الْقبُول، وهذا في الْجُمْلة، وتفْصيلُهُ فيما يلي:

أ - رُجُوعُ الْمُوجب عن الإْيجاب: ذهب جُمْهُورُ الْفُقهاء (الْحنفيّةُ والشّافعيّةُ والْحنابلةُ) إلى أنّ الإْيجاب غيْرُ مُلْزمٍ، وللْمُوجب أنْ يرْجع عنْ إيجابه قبْل قبُول الطّرف الآْخر، سواءٌ ذلك في عُقُود الْمُعاوضات كالْبيْع والإْجارة ونحْوهما، أمْ في عُقُود التّبرُّعات، كالْهبة والْعاريّة ومثْلهما. أمّا الْمالكيّةُ فقدْ نقل الْحطّابُ عن ابْن رُشْدٍ الْجدّ: أنّهُ لوْ رجع أحدُ الْمُتبايعيْن عمّا أوْجبهُ لصاحبه قبْل أنْ يُجيبهُ الآْخرُ لمْ يُفدْهُ رُجُوعُهُ إذا أجابهُ صاحبُهُ بعْدُ بالْقبُول وهذا يدُلُّ على أنّ رُجُوع الْمُوجب عن الإْيجاب لا يُبْطلُ الإْيجاب، بلْ يبْقى إلى أنْ يقْبلهُ الطّرفُ الآْخرُ فيتّصلُ به الْقبُولُ، وينْعقدُ الْعقْدُ، أوْ يرُدُّهُ فلا ينْعقدُ.

ب - صُدُورُ ما يدُلُّ على الإْعْراض منْ قبل الْعاقديْن أوْ أحدهما: يُشْترطُ لتحقُّق الاتّصال بيْن الإْيجاب والْقبُول أنْ لا يصْدُر من الْمُوجب أو الطّرف الآْخر أوْ كليْهما ما يدُلُّ على الإْعْراض عن انْعقاد الْعقْد، وذلك بأنْ يكُون الْكلامُ في موْضُوع الْعقْد، ولا يتخلّلهُ فصْلٌ يُعدُّ قرينةً على الانْصراف عن الْعقْد.

ج - وفاةُ أحد الْعاقديْن بيْن الإْيجاب والْقبُول: ذهب جُمْهُورُ الْفُقهاء: الْحنفيّةُ والشّافعيّةُ والْحنابلةُ إلى أنّ وفاة أحد الْعاقديْن بعْد الإْيجاب وقبْل الْقبُول يُبْطلُ الإْيجاب، فلا ينْعقدُ الْعقْدُ بعْد الْوفاة بقبُول منْ وُجّه إليْه الإْيجابُ بعْد موْت الْمُوجب، ولا بقبُول ورثة الْمُخاطب بعْد وفاته. أمّا الْمالكيّةُ فالظّاهرُ منْ نُصُوصهمْ أنّ الإْيجاب لا يبْطُلُ عنْدهُمْ بموْت الْمُخاطب، وأنّ حقّ الْقبُول يُورثُ بعْد وفاة منْ وُجّه إليْه الإْيجابُ.

هذا، وقدْ ألْحق بعْضُ الْفُقهاء الْجُنُون والإْغْماء بالْوفاة في بُطْلان الإْيجاب بهما.

3 ـ اتّحادُ مجْلس الْعقْد:

يُشْترطُ لانْعقاد الْعقْد أنْ يكُون الإْيجابُ والْقبُولُ في مجْلسٍ واحدٍ، فإن اخْتلف الْمجْلسُ لا ينْعقدُ الْعقْدُ. وفي هذا الموضوع تفصيل طويل في كتب الفقه.

التّراخي أو الْفوْريّةُ في الْقبُول:

ذهب جُمْهُورُ الْفُقهاء: الْحنفيّةُ والْمالكيّةُ والْحنابلةُ إلى أنّهُ لا يُشْترطُ الْفوْريّةُ في الْقبُول، فما دام الْمُتعاقدان في الْمجْلس، وصدر الإْيجابُ منْ أحدهما، ولمْ يصْدُر الْقبُولُ إلاّ في آخر الْمجْلس تمّ الْعقْدُ عنْدهُمْ، فلا يضُرُّ التّراخي بيْن الإْيجاب والْقبُول إذا صدرا في مجْلسٍ واحدٍ.

أمّا الشّافعيّةُ فقالُوا: يُشْترطُ أنْ لا يطُول الْفصْلُ بيْن الإْيجاب والْقبُول بسُكُوتٍ ولوْ سهْوًا أوْ جهْلاً على الْمُعْتمد؛ لأنّ طُول الْفصْل يُخْرجُ الثّاني أنْ يكُون جوابًا عن الأْوّل.

علْمُ الْمُوجب بالْقبُول:

صرّح أكْثرُ الْحنفيّة بأنّ سماع كُلٍّ من الْعاقديْن كلام الآْخر شرْطٌ لانْعقاد الْعقْد، وهذا يعْني اشْتراط علْم الْمُوجب بقبُول الْقابل في حالة التّعاقُد بيْن الْحاضريْن.

أمّا الشّافعيّةُ فيشْترطُون سماع منْ يقْربُ من الْعاقد لا سماع نفْس الْعاقد. وهذا فيما إذا كان الْعقْدُ بيْن حاضريْن، بخلاف ما إذا أوْجب لغائبٍ؛ لأنّ الإْيجاب للْغائب لفْظًا كالإْيجاب لهُ كتابةً.

عُقُودٌ لا يُشْترطُ فيها اتّحادُ الْمجْلس:

طبيعةُ بعْض الْعُقُود تقْتضي أنْ لا يُشْترط فيها اتّحادُ الْمجْلس في الإْيجاب والْقبُول، بلْ إنّ بعْض هذه الْعُقُود لا يصحُّ فيه الْقبُولُ في الْمجْلس، ومنْ هذه الْعُقُود:

أ ـ عقْدُ الْوصيّة، فإنّها تمْليكٌ مُضافٌ إلى ما بعْد الْموْت، فيصْدُرُ الإْيجابُ فيها حال حياة الْمُوصي، لكنْ لا يُعْتبرُ الْقبُولُ من الْمُوصى لهُ إلاّ بعْد وفاة الْمُوصي، فإذا قبلها الْمُوصى لهُ في مجْلس الإْيجاب أوْ بعْدهُ في حياة الْمُوصي لا تنْعقدُ به الْوصيّةُ.

ب ـ عقْدُ الْوصاية: (الإْيصاءُ) فهي إقامةُ شخْصٍ غيْرهُ مقام نفْسه بعْد وفاته في التّصرُّف أوْ في تدْبير شُئُون أوْلاده الصّغار، فلا يُشْترطُ فيها أنْ يكُون الْقبُولُ في مجْلس الإْيجاب، بلْ يمْتدُّ زمنُهُ إلى ما بعْد الْموْت، فالْوصايةُ خلافةٌ تظْهرُ آثارُها بعْد وفاة الْمُوصي.

ج ـ عقْدُ الْوكالة، فإنّها وإنْ كانتْ إقامة الشّخْص الْغيْر مقام نفْسه في تصرُّفٍ من التّصرُّفات في الْحياة، لكنّها مبْنيّةٌ على التّيْسير، فإذا قبلها الْوكيلُ في غيْر مجْلس الإْيجاب صحّت الْوكالةُ، ولا يتضرّرُ بذلك الْوكيلُ بسبب غيابه؛ لأنّ لهُ الرّدّ في أيّ وقْتٍ شاء، حيْثُ إنّ الْوكالة من الْعُقُود غيْر اللاّزمة.

الركن الثاني: الْعاقدان:

الْمُرادُ بالْعاقديْن: كُلُّ منْ يتولّى الْعقْد، إمّا أصالةً كأنْ يبيع أوْ يشْتري لنفْسه، أوْ وكالةً كأنْ يعْقد نيابةً عن الْغيْر بتفْويضٍ منْهُ في حياته، أوْ وصايةً كمنْ يتصرّفُ خلافةً عن الْغيْر في شُئُون صغاره بعْد وفاته بإذْنٍ منْهُ أوْ منْ قبل الْحاكم.

وحيْثُ إنّ الْعقْد لا يُتصوّرُ وُجُودُهُ منْ غيْر عاقدٍ فقدْ جعلهُ جُمْهُورُ الْفُقهاء منْ أرْكان الْعقْد كما تقدّم.

ولكيْ ينْعقد الْعقْدُ صحيحًا نافذًا يُشْترطُ في الْعاقديْن ما يأْتي:

الأوّلُ ـ الأهْليّةُ:

وهُو أنْ يكُون الْعاقدُ أهْلاً للتّصرُّف، وهُو: الْبالغُ الرّشيدُ فلا يصحُّ منْ صغيرٍ غيْر مُميّزٍ ومجْنُونٍ ومُبرْسمٍ.

أمّا الصّبيُّ الْمُميّزُ فتصحُّ عُقُودُهُ وتصرُّفاتُهُ النّافعةُ نفْعًا محْضًا، كقبُول الْهبة والصّدقة والْوصيّة والْوقْف دُون حاجةٍ إلى إذْن الْوليّ، ولا تصحُّ عُقُودُهُ وتصرُّفاتُهُ الضّارّةُ ضررًا محْضًا، كالْهبة والْوصيّة للْغيْر والطّلاق والْكفالة بالدّيْن ونحْوها، ولوْ أجاز هذه التّصرُّفات وليُّهُ أوْ وصيُّهُ.أمّا التّصرُّفاتُ الدّائرةُ بيْن النّفْع والضّرر كالْبيْع والإجارة ونحْوهما فتصحُّ من الصّبيّ الْمُميّز بإجازة الْوليّ، ولا تصحُّ بدُونها عنْد جُمْهُور الْفُقهاء: الْحنفيّة والْمالكيّة والْحنابلة.

ويُشْترطُ عنْد الشّافعيّة لصحّة الْبيْع في الْعاقد الرُّشْدُ.

الثّاني ــ الْولايةُ:

الْولايةُ في الاصْطلاح: تنْفيذُ الْقوْل على الْغيْر شاء الْغيْرُ أوْ لا.

ولكيْ ينْعقد الْعقْدُ صحيحًا نافذًا تظْهرُ آثارُهُ شرْعًا لا بُدّ في الْعاقد ـ بجانب أهْليّة الأداء ـ أنْ تكُون لهُ ولايةُ التّصرُّف ليعْقد الْعقْد.

الثّالثُ ـ الرّضا والاخْتيارُ:

اتّفق الْفُقهاءُ على أنّ الرّضا أساسُ الْعُقُود، قال اللهُ تعالى: (يا أيُّها الّذين آمنُوا لا تأْكُلُوا أمْوالكُمْ بيْنكُمْ بالْباطل إلاّ أنْ تكُون تجارةً عنْ تراضٍ منْكُمْ) [النساء: 29]. وقال ﷺ: «إنّما الْبيْعُ عنْ تراضٍ».

والرّضا: سُرُورُ الْقلْب وطيبُ النّفْس.وهُو ضدُّ السّخط والْكراهة.

وعرّفهُ جُمْهُورُ الْفُقهاء: بأنّهُ قصْدُ الْفعْل دُون أنْ يشُوبهُ إكْراهٌ

وعرّفهُ الْحنفيّةُ: بأنّهُ امْتلاءُ الاخْتيار، أيْ بُلُوغُهُ نهايتهُ، بحيْثُ يُفْضي أثرُهُ إلى الظّاهر من الْبشاشة في الْوجْه، أوْ إيثار الشّيْء واسْتحْسانه. أمّا الاخْتيارُ: فهُو الْقصْدُ إلى أمْرٍ مُتردّدٍ بيْن الْوُجُود والْعدم داخلٍ في قُدْرة الْفاعل بتَرْجيح أحد الْجانبيْن على الأْخر.

وبناءً على هذه التّفْرقة قال الْحنفيّةُ: إنّ الرّضا شرْطٌ لصحّة الْعُقُود الّتي تقْبلُ الْفسْخ وهي الْعُقُودُ الْماليّةُ منْ بيْعٍ وإجارةٍ ونحْوهما، فهي لا تصحُّ إلاّ مع التّراضي، وقدْ تنْعقدُ الْعُقُودُ الْماليّةُ لكنّها تكُونُ فاسدةً، كما في بيْع الْمُكْره ونحْوه، يقُولُ الْمرْغينانيُّ: ...لأنّ منْ شُرُوط صحّة هذه الْعُقُود التّراضي.

فأصْلُ الْعُقُود الْماليّة تنْعقدُ عنْدهُمْ بدُون الرّضا، لكنّها لا تكُونُ صحيحةً، فينْعقدُ بيْعُ الْمُخْطئ نظرًا إلى أصْل الاخْتيار؛ لأنّ الْكلام صدر عنْهُ باخْتياره، أوْ بإقامة الْبُلُوغ مقام الْقصْد، لكنْ يكُونُ فاسدًا لعدم الرّضا حقيقةً، أمّا الْعُقُودُ الّتي لا تقْبلُ الْفسْخ عنْد الْحنفيّة فالرّضا ليْس شرْطًا لصحّتها، فيصحُّ عنْدهُمُ النّكاحُ والطّلاقُ والْعتاقُ والرّجْعةُ ونحْوُها حتّى مع الإْكْراه.

أمّا جُمْهُورُ الْفُقهاء فتدُورُ عباراتُهُمْ بيْن التّصْريح بأنّ الرّضا أصْلٌ أوْ أساسٌ أوْ شرْطٌ للْعُقُود كُلّها، فلا ينْعقدُ الْعقْدُ إذا لمْ يتحقّق الرّضا سواءٌ أكان ماليًّا أوْ غيْر ماليٍّ.

عُيُوبُ الرّضا:

وتسمى عيوب الإرادة، وهي الأمور التي تحدث خللا في الإرادة أو تزيل الرضا الكامل في إجراء العقد.

وقد ذكر الْفُقهاءُ في عُيُوب الرّضا: الإْكْراه، والْغلط، والتّدْليس أو التغرير، والْغبْن مع التّغْرير. فإذا وُجد عيْبٌ منْ هذه الْعُيُوب في عقْدٍ من الْعُقُود يكُونُ الْعقْدُ باطلاً أوْ فاسدًا في بعْض الْحالات على خلافٍ بيْن الْجُمْهُور والْحنفيّة، أوْ غيْر لازمٍ يكُونُ لكلا الْعاقديْن أوْ أحدهما الْخيارُ في فسْخه في حالاتٍ أُخْرى.

أـ الإكراه:

هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو ترك ونفسه. وهو نوعان: ملجئ أو كامل، وغير ملجئ أو ناقص.

<u>الإكراه الملجئ أو التام</u>: هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، كأن يهدد بالقتل أو بإتلاف بعض الأعضاء، أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه القتل أو تلف العضو، أو تلف جميع المال. وحكمه: أنه يعد الرضا ويفسد الاختيار.

<u>والإكراه الناقص أو غير الملجئ</u>: هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو، كالتهديد بالضرب اليسير أو بالحبس، أو بإتلاف بعض المال، أو بإلحاق الظلم كمنع الترقية أو إنزال درجة الوظيفة. وحكمه: أنه يعد الرضا ويفسد الاختيار.

وهناك نوع ثالث: وهو الإكراه الأدبي؛ وهو الذي يعدم تمام الرضا ولا يعدم الاختيار، كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع، أو الأخ أو الأخت أو نحوهم. وحكمه: أنه إكراه شرعي استحسانا لا قياسا، ويترتب عليه عدم نفاذ التصرفات المكره عليها.

والإكراه بأنواعه لا يزيل الأهلية، وإنام يزيل الرضا، وقد يزيل الاختيار وهو الملجئ عند الحنفية، ويزيل الرضا والاختيار معا عند غير الحنفية.

شروط اعتبار الإكراه:

ويشترط لتحقق الإكراه واعتباره شروط، وهي:

1- أن يكون المكرِه قادرا على تنفيذ ما هدد به، فإن لم يكن قادرا على التنفيذ فلا يتحقق الإكراه.

2- أن يغلب على ظن المستكرَه إيقاع المكرِه ما هدد به في الحال إذا لم يمتثل، فإن لمي غلب على ظنه وقوع ما هدد به لا يتحقق الإكراه.

3- أن يكون المهدَّد به مما يشق على النفس تحمله، وهذا يختلف باختلاف الأشخاص، فيجب أن يبحث تأثيره في كل شخص على حدة.

4- أن يكون المهدَّد به عاجلا عن الجمهور غير المالكية، فلو كان آجلا في المستقبل لم يتحقق الإكراه. وقال المالكية: لا يشترط أن يكون المهدد به عاجلا، وإنام الشرط أن يكون الخوف حالاً.

5- أن يكون الإكراه بغير حق، أي ألا يكون مشروعا، أما إن كان الإكراه بحق وهو الذي يقصد به تحقيق غرض مشروع فلا تاثير له على التصرفات أصلا، مثل بيع مال المدين جبرا عنه لوفاء ديونه.

أثر الإكراه على التصرفات:

وإذا وقع الإكراه على القيام بتصرف من التصرفات كالبيع والإيجار والزواج، فما أثر الإكراه على هذا التصرف؟

قال جمهور الفقهاء غير الحنفية: يكون التصرف باطلا، سواء أكان قابلا للفسخ كالبيع والإجارة والهبة ونحوها، أم غير قابل للفسخ كالزواج والطلاق واليمين والرجعة. فلا يصح شيء من ذلك ولا يثبت شرعا.

وقال الحنفية: إن كان التصرف لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق فيصح مع الإكراه ويلزم، لأنه تصرف يستوي فيه الجد والهزل، والإكراه في معنى الهزل. وإن كان التصرف قابلا للفسخ كالبيع والإجارة والهبة فلا يصح مع الإكراه، ويكون العقد فاسدا فقط، أي يمكن للمستكرَه الرضا به بعد ارتفاع الإكراه فيصير صحيحا.

وقال الماكلية وزفر من الحنفية: يكون التصرف موقوفا على إجازة المستكرَه عند زوال الإكراه عنه، ولذلك لا يسمى فاسدا، لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة بل يجب فسخه شرعا.

ب – الغلط:

والمراد به ما يقع في المعقود عليه؛ في جنسه أو في وصفه. بأن يظن العاقد أن المعقود عليه من جنس معين، فإذا به من جنس آخر، كأن يشتري شخص حليا على أنها ذهب أو ماس، ثم يتبين أنها من النحاس.

وحكم هذا العقد: أنه باطل من أساسه، لفوات محل العقد الذي يريده المشتري، فيكون عقدا على معدوم، والعقد على المعدوم باطل.

ويلحق به حالة اتحاد الجنس مع الاختلاف الكبير أو الفاحش في القيمة، كشراء سيارة من جنس معين ومصنوعة في عام معين، ثم يتبين أنها مصنوعة قبل ذلك بسنوات عديدة.

وأما الغلط في وصف مرغوب فيه؛ فهو أن يظهر المعقود عليه كالوصف الذي أراده العاقد، ثم يتبين أنه مخالف للوصف المشروط، كأن يشتري شيئا بلون أسود فإذا هو رمادي، أو شاة على أنها حلوب فإذا هي غير حلوب، أو كتابا على أنه لمؤلف فإذا هو لمؤلف آخر. وحكم العقد المشتمل على غلط في الوصف: أنه غير لازم لمن وقع الغلط في جانبه، أي له الخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه وهذا إذا كان العقد قابلا للفسخ كعقود المعاوضات المالية ونحوها.

ويلحق به الغلط في شخص العاقد؛ كالتعاقد مع طبيب مشهور، فإذا هو غيره، وهو ما يجعل العقد غير لازم.

أما العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج، فإنه يقع العقد منها لازما عند الحنفية، أي لا يجوز نقضه بفوات الوصف المرغوب. وهو ما لم يوافقهم فيه الحنابلة الذين أثبتوا خيار الفسخ حتى في الزواج.

ج – التدليس أو التغرير:

هو إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظانا أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك. وهو انواع كثير، منها: التدليس الفعلي، والتدليس القولي والتدليس بكتمان الحقيقة.

أما التدليس الفعلي: فهو إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، مثل طلاء الأثاث القديم ليظهر جديدا، والتلاعب بعداد السيارة لتظهر قليلة الاستعمال. ومن أشهر أمثلته: الشاة المصراة.

وحكمه عند الجمهور غير الحنفية: ثبوت الخيار للمدلَّس عليه بين إمساك المبيع أو رده لصاحبه. وقال الحنفية: ليس للمشتري الحق في فسخ عقد البيع، بل له فقط أن يرجع على البائع بالنقصان الذي أصاب ما شترى.

وأما التدليس القولي: فهو الكذب الصادر من أحد العاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن، كأن يقول البائع: هذا الشيء دفع لي فيه سعر كذا فلم أقبل، أو أن هذا الشيء لا مثيل له في السوق.

وأما التدليس بكتمان الحقيقة: فهو إخفاء عيب في أحد العوضين؛ كأن يكتم البائع عيبا في المبيع مثل كسر في محرك السيارة، أو يكتم المشتري عيبا في النقود ككون الورقة النقدية باطلة التعامل أو زائلة الرقم النقدي المسجل عليها.

وحكم هذا النوع: أنه حرام شرعا باتفاق الفقهاء، ويثبت فيه للمدلَّس عليه ما يعرف بخيار العيب؛ وهو إعطاؤه حق الخيار، إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه.

د – الغبن مع التغرير:

في اللغة: الغبن؛ النقص، والتغرير؛ الخداع. وعند الفقهاء: الغبن؛ أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر، بان يكون أقل من قيمته أو أكثر منها. والتغرير؛ إيهام خلاف الواقع بوسائل مغرية.

والغبن نوعان: يسير وفاحش.

أما الغبن اليسير: فهو ما يدخل تحت تقويم المقومين، أي ما يتناوله تقدير الخبراء، كشراء شيء بعشرة، ثم يقدره خبير بثمانية وآخر تسعة وآخر بعشرة، فهذا غبن يسير لا أثر له في العقد فلا يجيز فسخه، لأنه يصعب الاحتراز منه ويكثر وقوعه في الحياة العملية ويتسامح الناس فيه عادة.

وأما الغبن الفاحش: فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء، كما لو وقع البيع بعشرة مثلا، ثم إن بعض المقومين قدره بخمسة وبعضهم بستة، فهذا غبن فاحش لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد. ولذلك فإنه يؤثر في رضا العاقد فيزيله، ولكن هل له الحق في فسخ العقد؟

للفقهاء في ذلك ثلاثة آراء:

قال الحنفية: ليس للغبن الفاحش وحده أثر على العقد، فلا يجيز رد المعقود عليه أو فسخ العقد إلا إذا انضم إليه تغرير من أحد العاقدين أو من شخص آخر كالدلال ونحوه.

وقال الحنابلة: يؤثر الغبن الفاحش في العقد فيجعله غير لازم، سواء كان الغبن بتغرير أم بغير تغرير، ويغطى للمغبون حق فسخ العقد في حالات ثلاث هي: تلقي الركبان، النجش (وهو زيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع لا لرغبة في شرائها بل ليخدع غيره)، المسترسل (وهو الشخص الجاهل بقيمة الأشياء ويشتري مطمئنا إلى أمانة البائع).

وقال المالكية: هذه البيوع الثلاثة صحيحة ولكنها حرام شرعا للنهي الثابت عنها في السنة، ويعطى الخيار بالفسخ للمشتري في حالة بيع النجش دون غيره.

وقال الشافعية: لا أثر للغبن الفاحش في التصرفات سواء رافقه تغيرر أم لا، لأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالبا.

الركن الثالث: محلُّ الْعقْد:

الْمُرادُ بمحلّ الْعقْد: ما يقعُ عليْه الْعقْدُ وتظْهرُ فيه أحْكامُهُ وآثارُهُ، ويخْتلفُ الْمحلُّ باخْتلاف الْعُقُود، فقدْ يكُونُ الْمحلُّ عيْنًا ماليّةً، كالْمبيع في عقْد الْبيْع، والْموْهُوب في عقْد الْهبة، والْمرْهُون في عقْد الرّهْن. وقدْ يكُونُ عملاً من الأعْمال، كعمل الأجير في الإجارة، وعمل الزّارع في الْمُزارعة، وعمل الْوكيل في الْوكالة، وقدْ يكُونُ منْفعة شيْءٍ مُعيّنٍ، كمنْفعة الْمأْجُور في عقْد الإجارة، ومنْفعة الْمُسْتعار في عقْد الإعارة، وقدْ يكُونُ غيْر ذلك كما في عقْد النّكاح والْكفالة ونحْوهما.

ولهذا فقد اشْترط الْفُقهاءُ في محلّ الْعقْد شُرُوطًا تكلّمُوا عنْها في كُلّ عقْدٍ وذكرُوا بعْض الشُّرُوط الْعامّة الّتي يجبُ توافُرُها في الْعُقُود عامّةً أوْ في مجْمُوعةٍ من الْعُقُود، منْها:

أ - وُجُودُ الْمحلّ وقت التعاقد:

يخْتلفُ اشْتراطُ هذا الشّرْط باخْتلاف الْعُقُود: ففي عقْد الْبيْع مثلاً اتّفق الْفُقهاءُ في الْجُمْلة على وُجُود الْمحلّ، فلا يجُوزُ بيْعُ ما لمْ يُوجدْ لقوْله ﷺ: «لا تبعْ ما ليْس عنْدك» [رواه الترمذي والنسائي وأبو داود وغيرهم]؛ ولأنّ في بيْع ما لمْ يُوجدْ غررًا وجهالةً فيُمْنعُ، لحديث أبي هريرة قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة» [أخرجه ابن ماجه]، وعلى ذلك صرّحُوا ببُطْلان بيْع الْمضامين والْملاقيح وحبل الْحُبْلة.

ومنعُوا منْ بيْع الزُّرُوع والثّمار قبْل ظُهُورها، لقوْله ﷺ: «أرأيْت إذا منع اللهُ الثّمرة بم يأْخُذُ أحدُكُمْ مال أخيه؟» [أخرجه البخاري في صحيحه عن أنس].

واسْتثْنى الْفُقهاءُ منْ بيْع الْمعْدُوم عقْد السّلم وذلك لحاجة النّاس إليْه.

كما اسْتثْنى الْحنفيّةُ منْ ذلك عقْد الاسْتصْناع للدّليل نفْسه.

أمّا بيْعُ الزّرْع أو الثّمر قبْل ظُهُورهما فلا يجُوزُ؛ لأنّهُ معْدُومٌ ولا يجُوزُ الْعقْدُ على الْمعْدُوم، أمّا بعْد الظُّهُور وقبْل بُدُوّ الصّلاح فإنْ كان الثّمرُ أو الزّرْعُ بحالٍ يُنْتفعُ بهما فيجُوزُ الْبيْعُ بشرْط الْقطْع في الْحال اتّفاقًا لعدم الْغرر في ذلك، ولا يجُوزُ بغيْر شرْط الْقطْع عنْد جُمْهُور الْفُقهاء.

وفي عقْد الإجارة اعْتبر جُمْهُورُ الْفُقهاء الْمنافع أمْوالاً، واعْتبرها كذلك الشّافعيّةُ والْحنابلةُ موْجُودةً حين الْعقْد تقْديرًا، فيصحُّ التّعاقُدُ عليْها بناءً على وُجُود الْمنافع حين الْعقْد عنْدهُمْ، ولهذا يقُولُون بنقْل ملْكيّة الْمنافع للْمُسْتأْجر والأجْرة للْمُؤجّر بنفْس الْعقْد في الإجارة الْمُطْلقة.

وعلّل الْمالكيّةُ جواز الإجارة بأنّ الْمنافع وإنْ كانتْ معْدُومةً في حال الْعقْد لكنّها مُسْتوْفاةٌ في الْغالب، والشّرْعُ إنّما لحظ من الْمنافع ما يُسْتوْفى في الْغالب أوْ يكُونُ اسْتيفاؤُهُ وعدمُ اسْتيفائه سواءً.

أمّا الْحنفيّةُ فقدْ أجازُوا عقْد الإجارة اسْتثْناءً من الْقاعدة؛ لوُرُود النُّصُوص من الْكتاب والسُّنّة في جواز الإجارة.

وفرّق بعْضُ الْفُقهاء في هذا الشّرْط بيْن عُقُود الْمُعاوضة وعُقُود التّبرُّع، فقالُوا بعدم جواز النّوْع الأوّل من الْعُقُود في حال عدم وُجُود محلّها، وأجازُوا النّوْع الثّاني في حالة وُجُود الْمحلّ وعدمه.

ب ـ قابليّةُ الْمحلّ لحُكْم الْعقْد:

يُشْترطُ في محلّ الْعقْد عنْد الْفُقهاء أنْ يكُون قابلاً لحُكْم الْعقْد شرعا.

والْمُرادُ بحُكْم الْعقْد: الأثرُ الْمُترتّبُ على الْعقْد، ويخْتلفُ هذا حسْب اخْتلاف الْعُقُود، ففي عقْد الْبيْع مثلاً أثرُ الْعقْد هُو انْتقالُ ملْكيّة الْمبيع من الْبائع إلى الْمُشْتري، ويُشْترطُ فيه أنْ يكُون مالاً مُتقوّمًا ممْلُوكًا للْبائع، فما لمْ يكُنْ مالاً بالْمعْنى الشّرْعيّ: وهُو ما يميلُ إليْه الطّبْعُ ويجْري فيه الْبذْلُ والْمنْعُ لا يصحُّ بيْعُهُ، كبيْع الْميْتة مثلاً عنْد الْمُسْلمين.وكذا إذا لمْ يكُنْ مُتقوّمًا، أيْ: مُنْتفعًا به شرْعًا، كبيْع الْخمْر والْخنْزير، فإنّهُما وإنْ كانا مالاً عنْد غيْر الْمُسْلمين، لكنّهُما ليْسا مُتقوّميْن عنْد الْمُسْلمين، فحرُم بيْعُهُما كما ورد في حديث جابرٍ بن عبد الله رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» [أخرجه البخاري].

وفي عُقُود الْمنْفعة كعقْد الإجارة والإعارة ونحْوهما يُشْترطُ أنْ يكُون محلُّ الْعقْد ـ أي الْمنْفعةُ الْمعْقُودُ عليْها ـ منْفعةً مقْصُودةً مُباحةً، فلا تجُوزُ الإجارةُ على الْمنافع الْمُحرّمة كالزّنا والنّوْح ونحْوهما.

وكما لا يجُوزُ إجارةُ الْمنافع الْمُحرّمة لا يجُوزُ إعارتُها كذلك؛ لأنّ منْ شُرُوط صحّة الْعاريّة إمْكانُ الانْتفاع بمحلّ الْعقْد (الْمُعار أو الْمُسْتعار) انْتفاعًا مُباحًا شرْعًا مع بقاء عيْنه، كالدّار للسُّكْنى، والدّابّة للرُّكُوب، مثلاً فلا يجُوزُ إعارةُ الْفُرُوج للاسْتمْتاع، ولا آلات الْملاهي للّهْو، كما لا تصحُّ الإعارةُ للْغناء أو الزّمْر أوْ نحْوهما من الْمُحرّمات، فالإعارةُ لا تُبيحُ ما لا يُبيحُهُ الشّرْعُ.

وفي عقْد الْوكالة يُشْترطُ في الْمحلّ (الْمُوكّل به) أنْ يكُون قابلاً للانْتقال للْغيْر والتّفْويض فيه، ولا يكُون خاصًّا بشخْص الْمُوكّل.

ج ـ معْلُوميّةُ الْمحلّ للْعاقديْن:

يُشْترطُ في الْمحلّ أنْ يكُون مُعيّنًا ومعْرُوفًا للْعاقديْن، بحيْثُ لا يكُونُ فيه جهالةٌ تُؤدّي إلى النّزاع والْغرر، للنهي الوارد في السنة عن بيع الغرر وبيع المجهول.

ويحْصُلُ الْعلْمُ بمحلّ الْعقْد بكُلّ ما يُميّزُهُ عن الْغيْر؛ منْ رُؤْيته أوْ رُؤْية بعْضه عنْد الْعقْد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه، أوْ بوصْفه وصْفًا يكْشفُ عنْهُ تمامًا وذلك ببيان جنسه ونوعه ومقداره، أوْ بالإشارة إليْه إذا كان موجودا.

وهذا الشّرْطُ مُتّفقٌ عليْه عنْد الْفُقهاء في عُقُود الْمُعاوضات المالية في الْجُمْلة، فلا يجُوزُ بيْعُ شاةٍ من الْقطيع مثلاً ولا إجارةُ إحْدى الدّاريْن، وذلك لأنّ الْجهالة في محلّ الْعقْد: (الْمعْقُود عليْه) تُسبّبُ الْغرر وتُفْضي إلى النّزاع.

وفي عقْد السّلم يُشْترطُ في الْمحلّ: (الْمُسْلم فيه) أنْ يكُون معْلُوم الْجنْس والنّوْع والصّفة والْقدْر، كيْلاً أوْ وزْنًا أوْ عدًّا أوْ ذرْعًا، وذلك لأنّ الْجهالة في كُلٍّ منْها تُفْضي إلى الْمُنازعة وقدْ ورد في الْحديث عن النّبيّ ﷺ أنّهُ قال: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» [أخرجه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما].

وقد اشترط الشافعية والحنابلة معلومية محل العقد في عقود المعاوضات المالية وغير المالية كعقد الزواج، وفي عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف. بينما اشترطه الحنفية في عقود المعاوضات المالية وغير المالية، ولم يشترطوه في عقود التبرعات كالوصية والكفالة..

واكتفى المالكية باشتراطه في عقود المعاوضات المالية فقط، ولم يشترطوه في عقود المعاوضات غير المالية وفي عقود التبرعات.

د ـ الْقُدْرةُ على التّسْليم وقت التعاقد:

يُشْترطُ في محلّ الْعقْد أنْ يكُون مقْدُور التّسْليم، وهذا الشّرْطُ محلُّ اتّفاقٍ في عُقُود الْمُعاوضة في الْجُمْلة، فالْحيوانُ الضّالُّ الشّاردُ ونحْوُهُ لا يصْلُحُ أنْ يكُون موْضُوعًا لعقْد الْبيْع أو الإجارة أو الصُّلْح أوْ نحْوها، وكذلك الدّارُ الْمغْصُوبةُ منْ غيْر غاصبها، أو الأرْضُ أوْ أيْ شيْءٍ آخرُ تحْت يد الْعدُوّ.

أمّا في عُقُود التّبرُّع فأجاز الْمالكيّةُ هبة الأبق والْحيوان الشّارد، مع أنّهُما غيْرُ مقْدُوري التّسْليم حين الْعقْد؛ لأنّهُ إحْسانٌ صرْفٌ، فإذا وجدهُ وتسلّمهُ يسْتفيدُ منْهُ، وإلاّ لا يتضرّرُ كما قال الْقرافيُّ، وأجاز الشّافعيّةُ الْوصيّة فيما يعْجزُ عنْ تسْليمه وقال ابْنُ الْقيّم في عُقُود التّبرُّع: لا غرر في تعلُّقها بالْموْجُود والْمعْدُوم وما يقْدرُ على تسْليمه وما لا يقْدرُ.

ثالثا: تقْسيماتُ الْعُقُود:

قسّم الْفُقهاءُ الْعُقُود باعْتباراتٍ مُخْتلفةٍ، وبيّنُوا خواصّها وأحْكامها الْفقْهيّة بحيْثُ تشْملُ مجْمُوعةً من الْعُقُود، وتُميّزُها عنْ مجْمُوعةٍ أُخْرى، وفيما يلي بعْضُ هذه التّقْسيمات:

أ ــ تقسيم العقود باعتبار تسميتها من الشارع وعدم تسميتها:

ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى قسمين:

1 - العقود المسماة: وهي ما وضع الشارع لها أسماء خاصة بها، وبين أحكامها المترتبة عليها، كالبيع والإجارة والشركة والهبة، والكفالة والحوالة والوكالة والرهن، والقرض والصلح، والزواج والوصية، ونحو ذلك.

2 - العقود غير المسماة: وهي ما لم يضع الشارع له أسماء خاصة خاصة، ولم يرتب التشريع أحكاما خاصة بها، وإنما استحدثها الناس نظرا للحاجة إليها. وهي عقود كثيرة لا تنحصر، لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح، مثل عقد الاستصناع، وأنواع المقاولات، وأنواع الشركات التي تمنح امتيازات للتنقيب عن النفط والمعادن، وعقود النشر والإعلان في الصحف والمجلات والإذاعات والقنوات الفضائية، ونحوها.

ب ـ تقسيم العقود بالنظر إلى مشروعيتها وعدمها:

تصنف العقود بهذا النظر صنفين:

1- العقود المشروعة: وهي التي أجازها الشرع وأذن بها، كبيع المال المتقوم، والرهن، والهبة.

2- العقود الممنوعة او غير المشروعة: وهي التي منعها الشرع ونهى عنها، كبيع الأجنة في بطون أمهاتها، وبيع الملاقيح (ما ستحمل به إناث الحيوان) والمضامين (ما سيتولد من فحول الحيوان)، مما كان معروفا في جاهلية العرب فمنعته الشريعة الإسلامية. وكذا عقد التبرع من مال القاصر، والعقد على ما ينافي الآداب العامة من الفواحش. ونحو ذلك.

ونتيجة عدم مشروعية العقد أن يعتبر باطلا غير منعقد، لفقدان إحدى شرائط الانعقاد وهي المشروعية.

ج – تقسيم العقود باعتبار الوصف الشرعي لها:

ينقسم العقد بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع له بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى قسْميْن: الْعقْدُ الصّحيحُ، والْعقْدُ غيْرُ الصّحيح.

1- الْعقْدُ الصّحيحُ: هُو الذي استكمل أركانه وأوصافه وشرائطه الشرعية، فيصبح صالحا لترتب حكمه وآثاره عليه. وعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشْرُوعًا بأصْله ووصْفه معًا.

وحكم العقد الصحيح ترتّبُ أثره الْمقْصُود منْهُ عليه في الحال؛ كبيْع الْعاقل الْبالغ الْمال الْمُتقوّم الْموْجُود الْقابل للتّسْليم بإيجابٍ وقبُولٍ مُعْتبريْن شرْعًا، فإنّهُ يترتّبُ عليْه أثرُهُ منْ نقْل ملْكيّة الْمبيع للْمُشْتري ونقْل ملْكيّة الثّمن للْبائع. وكالْإجارة للانْتفاع بعيْنٍ موْجُودةٍ انْتفاعًا مشْرُوعًا، فيترتّبُ عليْها أثرُها الْمقْصُودُ منْها منْ نقْل الانْتفاع إلى الْمُسْتأْجر والأْجْرة إلى الْمُؤجّر. وهكذا في سائر الْعُقُود إذا لمْ يقعْ خللٌ في أرْكانها أوْ شُرُوطها.

2- الْعقْدُ غيْرُ الصّحيح: هُو ما لا يعْتبرُهُ الشّرْعُ، ولا يترتّبُ عليْه مقْصُودُهُ، لاختلال أحد أركانه أو شرط من شروطه. أوْ هُو: ما لا يكُونُ مشْرُوعًا أصْلاً ووصْفًا، أوْ يكُونُ مشْرُوعًا أصْلاً لكنْ لا يكُونُ مشْرُوعًا وصْفًا. مثالُ الأوّل: عقْدُ الْمجْنُون والصّبيّ غيْر الْمُميّز، أو الْعقْدُ على الْميْتة والدّم وكُلّ ما لا يُعْتبرُ مالاً، ومثالُ الثّاني: الْعقْدُ في حالة الإكْراه، والْعقْدُ على محلٍّ مجْهُولٍ في عُقُود الْمُعاوضة. وهذا القسم نوع واحد عند الجمهور.

أما الْحنفيّةُ فقسموا الْعقْد غيْر الصّحيح إلى: عقْدٍ باطلٍ وعقْدٍ فاسدٍ.

والمقصود بالعقد الباطل عندهم؛ ما اختل ركنه أو محله، أو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية، او أن تكون الصيغة غير سليمة، أو يكون محل العقد غير قابل لحكمه شرعا كبيع ما ليس بمال أو ما ليس مالا متقوما. وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم.

وحكم العقد الباطل؛ أنه لا يعد منعقد أصلا، وإن وجدت صورته في الظاهر، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي، فلا يفيد نقل الملكية ولا غيرها، إذ لا يعد موجودا بحال.

أما العقد الفاسد؛ فهو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه؛ بان كان صادرا ممن هو أهل له والمحل قابل لحكم العقد شرعا والصيغة سليمة، ولكن صاحب ذلك وصف منهي عنه شرعا، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي للنزاع، مثل بيع دار من دور أو سيارة من سيارات دون تعيين.

وحكم العقد الفاسد: ثبوت الملك فيه بالقبض بإذن المالك صراحة، أو دلالة كان يقبضه في مجلس العقد أمام البائع دون أن يعترض عليه. لكن هذا العقد واجب الفسخ شرعا؛ إما من أحد العاقدين أو من القاضي إذا علم بذلك، لأنه منهي عنه شرعا. وإمكان الفسخ مشروط بشرطين:

الأول: بقاء المعقود عليه على ما كان قبل القبض، فلو تغير شكله بأن هلك أو استهلك، امتنع الفسخ.

الثاني: عدم تعلق حق الغير به، فلو تصرف به المشتري لآخر بالبيع أو بالهبة وتم قبضه من الموهوب له، امتنع الفسخ.

وهذه القسمة عند الحنفية محصورة في العقود الناقلة للملكية أو العقود التي توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة. أما العقود غير المالية كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح، والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع، والعبادات، والتصرفات المنفردة كالطلاق الوقف والكفالة والإقرار ونحوها، فهذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل.

د – تقسيم العقود باعتبار المالية وعدمها:

1- العقد المالي: هو ما يقع على عيْنٍ من الأعْيان، سواءٌ أكان موضوعه نقْلُ ملْكيّتها بعوضٍ، كالْبيْع بجميع أنْواعه من الصّرْف والسّلم والْمُقايضة ونحْوها، أمْ بغيْر عوضٍ، كالْهبة والْقرْض والْوصيّة بالأعْيان ونحْوها، أوْ بعملٍ فيها، كالْمُزارعة والْمُساقاة والْمُضاربة ونحْوها.

2- العقد غير المالي: هو ما يقع على عملٍ مُعيّنٍ دُون مُقابلٍ كالْوكالة والْكفالة، والْوصاية، أو الْكفّ عنْ عملٍ مُعيّنٍ كعقْد الْهُدْنة بيْن الْمُسْلمين وأهْل الْحرْب.

وهُناك عُقُودٌ تُعْتبرُ ماليّةً منْ جانبٍ، وغيْر ماليّةٍ منْ جانبٍ آخر؛ كعقْد النّكاح والْخُلْع والصُّلْح عن الدّم وعقْد الْجزْية ونحْوها.

واخْتلفُوا في الْعُقُود الّتي تقعُ على الْمنافع، كالإجارة، والإعارة ونحْوهما، فالْجُمْهُورُ يعْتبرُها من الْعُقُود الْماليّة؛ لأنّ الْمنافع أمْوالٌ عنْدهُمْ أوْ في حُكْم الأمْوال خلافًا للْحنفيّة، حيْثُ إنّ الْمنافع لا تُعْتبرُ أمْوالاً عنْدهُمْ.

هـ – تقسيم العقود باعتبار اللزوم وعدمه:

1- الْعقْدُ اللاّزمُ هُو: ما لا يكُونُ لأحد الْعاقديْن فيه حقُّ الْفسْخ دُون رضا الأْخر. والتراضي على فسخ العقد يسمى إقالة.

ويكتسب العقد صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد تمام العقد. وعند الشافعية والحنابلة لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس العقد، بتفرق العاقدين بأبدانهما، عملا بخيار المجلس الثابت في السنة النبوية.

2- الْعقْدُ الْجائزُ أوْ غيْرُ اللاّزم: هُو ما يكُونُ لأحد الْعاقديْن فيه حقُّ الْفسْخ.

وقدْ قسّم الإمام السيوطي الْعقْد باعْتبار اللُّزُوم والْجواز إلى أنْواعٍ:

الأْوّل: لازمٌ من الطّرفيْن قطْعًا، كالْبيْع والصّرْف والسّلم والتّوْلية والتّشْريك، وصُلْح الْمُعاوضة، والْحوالة، والإْجارة والْمُساقاة، والْهبة للأْجْنبيّ بعْد الْقبْض، والصّداق وعوض الْخُلْع.

الثّاني: جائزٌ من الطّرفيْن قطْعًا، كالشّركة والْوكالة والْقراض، والْوصيّة والْعاريّة، الْوديعة والْقرْض، والْجعالة والْقضاء والْوصايا، وسائر الْولايات غيْر الإْمامة.

والثّالث: ما فيه خلافٌ، والأْصحُّ أنّهُ لازمٌ كالْمُسابقة والْمُناضلة، بناءً على أنّهُما كالإْجارة، ومُقابلُهُ يقُولُ: إنّهُما كالْجعالة، والنّكاحُ لازمٌ من الْمرْأة قطْعًا، ومن الزّوْج على الأْصحّ، كالْبيْع، وقيل: جائزٌ منْهُ لقُدْرته على الطّلاق.

الرّابع: ما هُو جائزٌ ويؤولُ إلى اللُّزُوم، وهُو الْهبةُ والرّهْنُ قبْل الْقبْض، والْوصيّةُ قبْل الْموْت.

الْخامسُ: ما هُو لازمٌ منْ أحد الطّرفيْن جائزٌ من الأْخر، كالرّهْن بعْد الْقبْض والضّمان، والْكفالة، وعقْد الأْمان، والإْمامة الْعُظْمى.

وذكر الزّرْكشيُّ أنّ الْقسْمة في الْحقيقة ثُلاثيّةٌ: لازمٌ من الطّرفيْن، جائزٌ منْهُما، لازمٌ منْ أحدهما وقال: منْ حُكْم اللاّزم أنْ يكُون الْمعْقُودُ عليْه معْلُومًا مقْدُورًا على تسْليمه في الْحال، والْجائزُ قدْ لا يكُونُ كذلك، كالْجعالة تُعْقدُ على ردّ الأبق.

ومنْ أحْكام الْعقْد اللاّزم من الطّرفيْن: أنّهُ لا يثْبُتُ فيه خيارٌ مُؤبّدٌ، ولا ينْفسخُ بموْت أحد الْعاقديْن أوْ كليْهما، أوْ بالْجُنُون أو الإغْماء، والْجائزُ بخلافه.

وهذه الْقاعدةُ ليْستْ مُطّردةً عنْد الْحنفيّة؛ لأنّ عقْد الإجارة عقْدٌ لازمٌ من الطّرفيْن عنْدهُمْ لكنّها تنْفسخُ بالْوفاة؛ لأنّها تنْعقدُ على الْمنافع، وهي تحْدُثُ شيْئًا فشيْئًا، فالْمنافعُ الّتي تحْدُثُ بعْد وفاة الْعاقديْن لمْ تكُنْ موْجُودةً حين الْعقْد، فتنْفسخُ الإجارةُ عنْد الْحنفيّة بالْوفاة.

و ـ تقْسيمُ الْعقود باعْتبار قبُولها الْخيار أو عدم قبولها:

قسّم ابْنُ قُدامة الْعقْد باعْتبار قبُوله الْخيار أوْ عدم قبُوله إلى ستّة أقْسامٍ، وبيّن حُكْم هذه الأقْسام كالتّالي:

1 ـ عقْدٌ لازمٌ يُقْصدُ منْهُ الْعوضُ، وهُو الْبيْعُ وما في معْناهُ، وهُو نوْعان:

أحدُهُما: يثْبُتُ فيه الْخياران: خيارُ الْمجْلس وخيارُ الشّرْط، كالْبيْع فيما لا يُشْترطُ فيه الْقبْضُ في الْمجْلس، والصُّلْح بمعْنى الْبيْع، والْهبة بعوضٍ على إحْدى الرّوايتيْن، والإجارة في الذّمّة، نحْوُ أنْ يقُول: اسْتأْجرْتُك على أنْ تخيط لي هذا الثّوْب ونحْوهُ، فهذا يثْبُتُ فيه الْخيارُ، فأمّا الإجارةُ الْمُعيّنةُ، فإنْ كانتْ مُدّتُها منْ حين الْعقْد دخلها خيارُ الْمجْلس دُون خيار الشّرْط؛ لأنّ دُخُولهُ يُفْضي إلى فوْت بعْض الْمنافع الْمعْقُود عليْها، أوْ إلى اسْتيفائها في مُدّة الْخيار، وكلاهُما لا يجُوزُ.

النّوْعُ الثّاني: ما يُشْترطُ فيه الْقبْضُ في الْمجْلس، كالصّرْف والسّلم وبيْع مال الرّبا بجنْسه، فلا يدْخُلُهُ خيارُ الشّرْط.

2 ـ عقْدٌ لازمٌ لا يُقْصدُ به الْعوضُ كالنّكاح والْخُلْع، فلا يثْبُتُ فيهما خيارٌ؛ لأنّ الْخيار إنّما يثْبُتُ لمعْرفة الْحظّ في كوْن الْعوض جائزًا لما يذْهبُ منْ ماله، والْعوضُ هُنا ليْس هُو الْمقْصُود، وكذلك الْوقْفُ والْهبةُ؛ ولأنّ في ثُبُوت الْخيار في النّكاح ضررًا.

3 ـ عقْدٌ لازمٌ منْ أحد طرفيْه دُون الآخر، كالرّهْن لازمٌ منْ جهة الرّاهن جائزٌ في حقّ الْمُرْتهن، فلا يثْبُتُ فيه الْخيارُ؛ لأنّ الْمُرْتهن يسْتغْني بالْجواز في حقّه عنْ ثُبُوت خيارٍ آخر، والرّاهنُ يسْتغْني بثُبُوت الْخيار لهُ إلى أنْ يقْبض، وكذلك الضّامنُ والْكفيلُ.

4 ـ عقْدٌ جائزٌ من الطّرفيْن كالشّركة والْمُضاربة والْجعالة والْوكالة الْوديعة والْوصيّة، فهذه لا يثْبُتُ فيها خيارٌ اسْتغْناءً بجوازها والتّمكُّن منْ فسْخها بأصْل وضْعها.

5 ـ عقْدٌ مُتردّدٌ بيْن الْجواز واللُّزُوم كالْمُساقاة والْمُزارعة، والظّاهرُ أنّهُما جائزان، فلا يدْخُلُهُما خيارٌ، وقيل: هُما لازمان، ففي ثُبُوت الْخيار فيهما وجْهان.

6 - عقْدٌ لازمٌ يسْتقلُّ به أحدُ الْمُتعاقديْن، كالْحوالة، والأْخْذ بالشُّفْعة فلا خيار فيهما؛ لأنّ منْ لا يُعْتبرُ رضاهُ لا خيار لهُ، وإذا لمْ يثْبُتْ في أحد طرفيْه لمْ يثْبُتْ في الأْخر كسائر الْعُقُود.

ز– تقسيم الْعُقُود باعتبار اشتراط الْقبْض فيها أو عدم اشتراطه:

قسّم الْفُقهاءُ الْعُقُود - باعْتبار اشْتراط الْقبْض فيها أوْ عدمه - إلى نوْعيْن:

الأْوّل: عُقُودٌ لا يُشْترطُ فيها قبْضُ الْمعْقُود عليْه حين الْعقْد في الْجُمْلة:

ومنْ هذا النّوْع عقْدُ الْبيْع الْمُطْلق، والإْجارةُ والنّكاحُ والْوصيّةُ والْوكالةُ والْحوالةُ ونحْوُها، فالْبيْعُ مثلاً ينْعقدُ بالإْيجاب والْقبُول، وتترتّبُ عليْه آثارُهُ: من انْتقال ملْكيّة الْمبيع إلى الْمُشْتري، وملْكيّة الثّمن إلى الْبائع، سواءٌ أحصل التّقابُضُ بيْنهُما أمْ لا، وهذا باتّفاق الْفُقهاء، إلاّ أنّ الْحنفيّة والشّافعيّة صرّحُوا بأنّ الْملْك وإنْ كان ينْتقلُ في الْبيْع بمُجرّد الْعقْد، لكنْ لا يسْتقرُّ إلاّ بالْقبْض، كالصّداق في عقْد النّكاح.

والإْجارةُ تنْعقدُ بمُجرّد الإْيجاب والْقبُول، وتترتّبُ عليْها آثارُها بالْعقْد دُون الْحاجة إلى الاسْتيفاء عنْد جُمْهُور الْفُقهاء خلافًا للْحنفيّة حيْثُ قالُوا: لا يمْلكُ الْمُؤجّرُ الأْجْرة بنفْس الْعقْد، وإنّما يمْلكُها بالاسْتيفاء، أو التّمكُّن منْهُ أوْ بالتّعْجيل، أوْ بشرْط التّعْجيل، كما لا يمْلكُ الْمُسْتأْجرُ الْمنافع بالْعقْد؛ لأنّها تحْدُثُ شيْئًا فشيْئًا، وإنّما يمْلكُها بالاسْتيفاء أوْ يوْمًا فيوْمًا.

والنّكاحُ يترتّبُ عليْه آثارُهُ بمُجرّد الْعقْد، ولا يحْتاجُ إلى قبْض الصّداق، وكذلك الْوصيّةُ والْوكالةُ والْحوالةُ لا تحْتاجُ في انْعقادها إلى قبْض الْمعْقُود عليْه.

الثّاني: عُقُودٌ يُشْترطُ فيها قبْضُ الْمعْقُود عليْه حين الْعقْد:

وهذه تنْقسمُ إلى أقْسامٍ:

1 - عُقُودٍ يُشْترطُ فيها الْقبْضُ لنقْل الْملْكيّة، كالْهبة والْقرْض والْعاريّة:

أمّا الْهبةُ - وهي تمْليكٌ في الْحياة بغيْر عوضٍ - فجُمْهُورُ الْفُقهاء: الْحنفيّةُ، والشّافعيّةُ، والْحنابلةُ قالُوا: لا تنْتقلُ الْملْكيّةُ فيها بمُجرّد الإْيجاب والْقبُول، بلْ يحْتاجُ ذلك إلى الْقبْض بإذْن الْواهب.

وقال الْمالكيّةُ: لا يُشْترطُ لانْتقال الْملْكيّة في عقْد الْهبة الْقبْضُ، بلْ تثْبُتُ للْموْهُوب لهُ ملْكيّةُ الْموْهُوب بالْعقْد، وعلى الْواهب إقْباضُهُ.

وكذلك الْقرْضُ: فالْجُمْهُورُ من الْحنفيّة والشّافعيّة، والْحنابلة على أنّهُ يُشْترطُ لنقْل ملْكيّته إلى الْمُقْترض الْقبْضُ.

وذهب الْمالكيّةُ إلى أنّ الْمُقْترض يمْلكُ الْقرْض بالْعقْد، ولا يحْتاجُ ذلك إلى قبْض الْعيْن الْمُقْرضة.

وعلى ذلك فإذا هلكت الْعيْنُ بعْد الْعقْد وقبْل الْقبْض فإنّ ضمانها على الْمُقْرض عنْد جُمْهُور الْفُقهاء، بناءً على بقاء الْملْكيّة لديْه.

وفي عقْد الْعاريّة صرّح الْحنفيّةُ بأنّ ملْك الْمنافع من الأْموال الْمُعارة لا تنْتقلُ بمُجرّد الْعقْد، بلْ يحْتاجُ ذلك إلى قبْض الْمُعار.

وقال الشّافعيّةُ والْحنابلةُ: إنّ الْعاريّة إباحةُ الانْتفاع، فلا تنْتقلُ فيها الْمنافعُ أصْلاً؛ لأنّها ليْستْ تمْليك الْمنافع.

وعنْد الْمالكيّة تملُّكُ منْفعة الْمُعار بالْعقْد وإنْ لمْ يُقْبص الْمُعارُ.

2 - عُقُودٍ يُشْترطُ فيها الْقبْضُ لصحّتها، كالصّرْف، وبيْع الأْموال الرّبويّة، والسّلم، والْمُضاربة، والْمُساقاة، والْمُزارعة.

أمّا عقْدُ الصّرْف - وهُو بيْعُ النّقْد بالنّقْد - فاتّفق الْفُقهاءُ على أنّهُ يُشْترطُ في صحّته التّقابُض في الْبدليْن قبْل التّفرُّق عنْ مجْلس الْعقْد، لقوْله ﷺ: «لا تبيعُوا الذّهب بالذّهب إلاّ مثْلاً بمثْلٍ ولا تشفُّوا بعْضها على بعْضٍ، ولا تبيعُوا الْورق بالْورق إلاّ مثْلاً بمثْلٍ، ولا تشفُّوا بعْضها على بعْضٍ، ولا تبيعُوا منْها غائبًا بناجزٍ» [أخرجه البخاري عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه].

وكذلك بيْعُ الأْموال الرّبويّة كالْبُرّ والشّعير ونحْوهما فيُشْترطُ في بيْعها بمثْلها التّقابُضُ لما ورد في الأْحاديث من النّهْي عنْ بيْع النّسيئة في ذلك، منْها قوْلُه ﷺ: «الذّهبُ بالذّهب ربًا إلاّ هاء وهاء، والْبُرُّ بالْبُرّ ربًا إلاّ هاء وهاء، والشّعيرُ بالشّعير ربًا إلاّ هاء وهاء، والتّمْرُ بالتّمْر ربًا إلاّ هاء وهاء» [أخرجه البخاري عن مالك بن أوس رضي الله عنه].

وأمّا عقْدُ السّلم - وهُو: بيْعُ الأْجل بالْعاجل - فذهب جُمْهُورُ الْفُقهاء الْحنفيّةُ والشّافعيّةُ، والْحنابلةُ إلى أنّهُ يُشْترطُ في صحّته قبْضُ رأْس الْمال قبْل الافْتراق لقوْله ﷺ: «منْ أسْلف في شيء فلْيُسْلفْ في كيْلٍ معْلُومٍ ووزْنٍ معْلُومٍ إلى أجلٍ معْلُومٍ» [أخرجه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما].

والتّسْليفُ هُو الإْعْطاءُ؛ ولأنّ الافْتراق قبْل قبْض رأْس الْمال يُؤدّي إلى بيْع ديْنٍ بديْنٍ، وهُو ممْنُوعٌ، لما ورد من النّهْي عنْ ذلك في الْحديث الصّحيح.

والْمشْهُورُ عنْد الْمالكيّة: عدمُ اشْتراط قبْض رأْس الْمال في السّلم في مجْلس الْعقْد، وقالُوا بجواز تأْخيره الْيوْميْن والثّلاثة؛ لأنّ ما قارب الشّيْء يُعْطى حُكْمهُ.

وأمّا الْمُضاربةُ - وهي: إعْطاءُ مالٍ للتّجارة على جُزْءٍ معْلُومٍ من الرّبْح - فقدْ ذهب جُمْهُورُ الْفُقهاء - الْحنفيّةُ والْمالكيّةُ والشّافعيّةُ وبعْضُ الْحنابلة - إلى أنّهُ يُشْترطُ في صحّة هذا الْعقْد تسْليمُ رأْس الْمال إلى الْعامل، بحيْثُ يُمْكنُهُ التّصرُّفُ فيه.

وذهب الْحنابلةُ في روايةٍ أُخْرى: إلى عدم اشْتراط قبْض رأْس الْمال في صحّة الْمُضاربة.

وفي عقْد الْمُساقاة ـ وهُو: عقْدٌ على دفْع الشّجر والْكُرُوم إلى منْ يُصْلحُها بجُزْءٍ معْلُومٍ منْ ثمرها ـ اشْترط الْحنفيّةُ والشّافعيّةُ أنّ على مالك الأشْجار تسْليمها إلى الْعامل ليتعهّدها، فيُقْسمُ ما يحْصُلُ من الثّمر بيْنهُما، فلوْ شرط كوْنها في يد الْمالك أوْ مُشاركتهُ في الْيد لمْ يصحّ الْعقْدُ لعدم حُصُول التّسْليم.

وكذلك اشْترط منْ قال بجواز الْمُزارعة تسْليم الأرْض إلى الْعامل، حتّى لو اشْترط في الْعقْد الْعمل على ربّ الأرْض أوْ شرط عملهُما معًا لا تصحُّ الْمُزارعةُ لانْعدام التّخْلية، علْمًا بأنّ بعْض الْفُقهاء لا يقُولُون بجواز هذا الْعقْد أصْلاً.

3 ـ عُقُودٍ يُشْترطُ للُزُومها الْقبْضُ: كالْهبة والرّهْن.

فقدْ صرّح جُمْهُورُ الْفُقهاء من الْحنفيّة والشّافعيّة والْحنابلة: بأنّ عقْد الْهبة لا يلْزمُ بمُجرّد الإيجاب والْقبُول قبْل الْقبْض، فيكُونُ للْواهب حقُّ الرُّجُوع ما دام الْموْهُوبُ لهُ لمْ يقْبضْ، حتّى إنّ بعْض الْفُقهاء قالُوا بعدم لُزُوم الْهبة بعْد الْقبْض أيْضًا، فللْواهب الرُّجُوعُ فيها إلاّ في حالاتٍ خاصّةٍ. وذهب الْمالكيّةُ إلى أنّ الْهبة تلْزمُ بالْقبْض إلاّ في حالاتٍ خاصّةٍ.

وأمّا الرّهْنُ: فقد اشْترط جُمْهُورُ الْفُقهاء في لُزُومه الْقبْض، فيبْطُلُ عقْدُ الرّهْن برُجُوع الرّاهن عن الرّهْن بالْقوْل أوْ بتصرُّفٍ يُزيلُ الْملْك.

ح ـ تقسيم العقود من حيْثُ وُجُود الْعوض وعدم الْعوض فيها:

قسّم بعْضُ الْفُقهاء الْعقْد منْ حيْثُ وُجُودُ الْعوض وعدمُ الْعوض فيه إلى نوْعيْن: عُقُود الْمُعاوضة، وعُقُود التّبرُّع.

فمن النّوْع الأوّل: عقْدُ الْبيْع بأنْواعه من الْمُقايضة والسّلم والصّرْف، وعقْدُ الإجارة والاسْتصْناع، والصُّلْح والنّكاح والْخُلْع، والْمُضاربة والْمُزارعة والْمُساقاة والشّركة ونحْوها.

ومن النّوْع الثّاني: عقْدُ الْهبة، والْعاريّة، الْوديعة، والْوكالة، والْكفالة بغيْر أمْر الْمدين، والرّهْن، والْوصيّة ونحْوها.

ومنْ آثار هذا التّقْسيم؛ أنّهُ حيْثُ اعْتُبر الْعوضُ في عقْدٍ من الطّرفيْن ـ أوْ منْ أحدهما ـ فشرْطُهُ أنْ يكُون معْلُومًا، كثمن الْمبيع، وعوض الأجْرة ونحْوهما، إلاّ في الصّداق وعوض الْخُلْع، فإنّ الْجهالة فيه لا تُبْطلُهُ؛ لأنّ لهُ مردًّا معْلُومًا، وهُو مهْرُ الْمثْل، وقدْ يكُونُ الْعوضُ في حُكْم الْمجْهُول، كالْعوض في الْمُضاربة والْمُساقاة، وهُناك عُقُودٌ يُكْتفى فيها بالْعلْم الطّارئ بالْعوض، كالشّركة مثلاً فإنّهُ يُشْترطُ فيها الْعلْمُ بقدْر النّسْبتيْن في الْمال الْمُخْتلط، منْ كوْنه مُناصفةً أوْ مُثالثةً في الأصحّ إذا أمْكن معْرفتُهُ منْ بعْدُ، وعُقُودٌ أُخْرى لا يُكْتفى فيها بالْعلْم، كالْقراض، والْقرْض.

وأمّا عُقُودُ التّبرُّع؛ فلأنّهُ لا عوض فيها يُغْتفرُ فيها الْغررُ والْجهالةُ الْيسيرةُ؛ لأنّها مبْنيّةٌ على الْيُسْر والتّوْسعة.

وهُناك عُقُودٌ تُعْتبرُ تبرُّعًا في الابْتداء لكنّها مُعاوضةٌ في الانْتهاء كعقْد الْقرْض، فإنّ الْمُقْرض مُتبرّعٌ عنْد الإقْراض لكنّهُ عنْد رُجُوعه على الْمُقْترض بمثْل ما أخذ يئُولُ إلى الْمُعاوضة. وكذلك عقْدُ الْكفالة بأمْر الْمدين، فإنّها تبرُّعٌ في الابْتداء، حينما يلْتزمُ الْكفيلُ بالدّيْن الّذي على الْمدين، لكنّهُ إذا دفع الدّيْن للدّائن ورجع على الْمدين بمثْل ما دفعهُ تصيرُ عقْد مُعاوضةٍ.

ويخْتلفُ حُكْمُ عُقُود الْمُعاوضة عنْ عُقُود التّبرُّع في أنّ الْوفاء بما يتعهّدُهُ الْعاقدان في عُقُود الْمُعاوضة كالْبيْع والإجارة ونحْوهما واجبٌ، إذا تمّتْ صحيحةً بشُرُوطها، عملاً بقوْله تعالى: (أوْفُوا بالْعُقُود)؛ لأنّ في عدم الْوفاء بها ضررًا للْعاقد الآخر، لضياع ما بذلهُ من الْعوض في مُقابلته، بخلاف عُقُود التّبرُّع، كالْهبة والْعاريّة والْقرْض والْوصيّة، ونحْوها، فلا يجبُ الْوفاءُ فيها بما تعهّد الْمُتبرّعُ؛ لأنّهُ مُحْسنٌ، وما على الْمُحْسنين منْ سبيلٍ، مع تفْصيلٍ في مُخْتلف الْعُقُود.

ومع ذلك فإنّ الْفُقهاء صرّحُوا باسْتحْباب الْوفاء في عُقُود التّبرُّع؛ لأنّها من الْبرّ والإحْسان، وقدْ حثّ الشّارعُ عليْهما في أكْثر منْ موْضعٍ، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [المائدة: 2]، وهذا عنْد جُمْهُور الْفُقهاء.

أمّا الْمالكيّةُ فيجبُ الْوفاءُ عنْدهُمْ في بعْض عُقُود التّبرُّع أيْضًا، فالْعاريّةُ الْمُؤجّلةُ لازمةٌ عنْدهُمْ إلى انْقضاء الأجل كما تلْزمُ عنْدهُمُ الْهبةُ بالْقبُول، فإن امْتنع الْواهبُ منْ تسْليمها يُجْبرُ عليْه.

ط – تقسيم العقود من حيث النفاذ وعدمه:

قسّم أكْثرُ الْفُقهاء الْعقْد باعْتبار ظُهُور آثاره وعدم ظُهُورها إلى قسْميْن:

1- الْعقْدُ النّافذُ: وهُو الْعقْدُ الصّحيحُ الّذي لا يتعلّقُ به حقُّ الْغيْر، ويُفيدُ الْحُكْم في الْحال، أوْ هُو الْعقْدُ الّذي يصْدُرُ ممّنْ لهُ أهْليّةُ التّصرُّف وولايتُهُ، سواءٌ أكانت الْولايةُ أصْليّةً كمنْ يعْقدُ الْعقْد لنفْسه، أمْ نيابيّةً كعقْد الْوصيّ أو الْوليّ لمنْ تحْت ولايتهما أوْ عقْد الْوكيل لمُوكّله.

وحُكْمُ الْعقْد النّافذ أنّهُ لا يحْتاجُ في ظُهُور آثاره إلى إجازة الْغيْر.

2- الْعقْدُ الْموْقُوفُ: وهُو الْعقْدُ الّذي يصْدُرُ ممّنْ لهُ أهْليّةُ التّصرُّف دُون الْولاية، كمنْ يبيعُ مال غيْره بغيْر إذْنه، أوْ هُو عقْدٌ يتعلّقُ به حقُّ الْغيْر.

وأهم أنواع العقد الموقوف سبعة: عقد المكرَه، عقد المميز، عقد السفيه المجور عليه، عقد المدين بدين مستغرق، تبرع المريض مرض الموت، عقد الفضولي، تصرف المرتد عن الإسلام فإن عقوده في حال ردته موقوفة عند أبي حنيفة فإذا عاد إلى الإسلام نفذت، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضة القاضي بالتحاقه بطلت.

وحُكْمُ الْعقْد الْموْقُوف - عنْد منْ يُجيزُهُ وهم جمهور الفقهاء (الْحنفيّةُ والْمالكيّةُ وهُو قوْلٌ عنْد الشّافعيّة في الْقديم، وروايةٌ عنْد الْحنابلة) - هُو أنّهُ عقْدٌ صحيحٌ؛ لأنّهُ مشْرُوعٌ بأصْله ووصْفه، فيُفيدُ الْحُكْم لكنْ على

وجْه التّوقُّف أيْ: تتوقّفُ آثارُهُ وإفادتُهُ الْحُكْم على إجازة منْ يمْلكُها شرْعًا كعقْد الْفُضُوليّ والصّبيّ الْمميّز غيْر الْمأْذُون ونحْوهما، فإنْ أجازهُ الْمالكُ أوْ منْ لهُ الْإجازةُ والتّصرُّفُ نفذ وإلاّ بطل.

ي – تقسيم الْعُقُودُ بحسب قبولها التأقيت وعدمه:

قسّم بعْضُ الْفُقهاء الْعقْد باعْتبار قبُوله التّأْقيت وعدم قبُوله ذلك إلى نوْعيْن: الْعُقُودُ الْمُؤقّتةُ، والْعُقُودُ غيْرُ الْمُؤقّتة.

قال السُّيُوطيُّ: كُلُّ عقْدٍ كانت الْمُدّةُ رُكْنًا فيه لا يكُونُ إلاّ مُؤقّتًا، كالْإجارة والْمُساقاة والْهُدْنة، وكُلُّ عقْدٍ لا يكُونُ كذلك لا يكُونُ إلاّ مُطْلقًا، وقدْ يعْرضُ لهُ التّأْقيتُ حيْثُ لا يُنافيه، كالْقراض يُذْكرُ فيه مُدّةٌ، ويُمْنعُ من الشّراء بعْدها فقطْ. وممّا لا يقْبلُ التّأْقيت: الْجزْيةُ في الأْصحّ، وعقْدُ الْبيْع والنّكاح والْوقْف، وممّا يقْبلُهُ وهُو شرْطٌ في صحّته: الْإجارةُ وكذا الْمُساقاةُ، والْهُدْنةُ في الأْصحّ، وممّا يقْبلُ التّأْقيت وليْس شرْطًا في صحّته: الْوكالةُ، والْوصايةُ.

وقال أيْضًا: والْحاصلُ أنّ ما لا يقْبلُ التّأْقيت - ومتى أُقّت بطل - الْبيْعُ بأنْواعه والنّكاحُ، والْوقْفُ.

وذكر سائرُ الْفُقهاء كذلك أنّ عقْد الْإجارة من الْعُقُود الْمُؤقّتة.

كما قالُوا في عقْد الْوكالة: إنّها تقْبلُ التّوْقيت وكذلك عقْدُ الْمُساقاة، فإنْ لمْ يُبيّنْ فيها الْوقْتُ وقع على أوّل ثمرٍ عنْد جُمْهُور الْفُقهاء: الْحنفيّة والْمالكيّة والشّافعيّة.

وقال الْحنابلةُ: يصحُّ تأْقيتُ الْمُساقاة، ولا يُشْترطُ أنْ تكُون مُؤقّتةً؛ لأنّهُ لا ضرر في تقْدير مُدّتها.

ومن الْعُقُود الّتي لا تقْبلُ التّأْقيت عقْدُ الرّهْن.

وكذلك عقْدُ الْهبة؛ لأنّها تمْليكُ الْعيْن بغيْر عوضٍ في الْحال، وتمْليكُ الأْعْيان لا يصحُّ مُؤقّتًا كالْبيْع .

واخْتلفُوا في عقْد الْكفالة، هلْ تقْبلُ التّأْقيت أوْ لا؟ فيرى الْحنفيّةُ والشّافعيّةُ في قوْلٍ عنْدهُمْ والْحنابلةُ أنّهُ يجُوزُ توْقيتُها، وكذلك الْمالكيّةُ مع بعْض الشُّرُوط، والأْصحُّ عنْد الشّافعيّة أنّهُ لا يجُوزُ ذلك.

ك – تقسيم العقود بالنظر إلى أغراضها والغاية منها:

تنقسم العقود بحسب أغراضها وغاياتها إلى عدة مجموعات، فقد تكون غاية العقد هي تملكي شيء، أو الاستيثاق، أو الحفظ، أو التفويض، ونحو ذلك.

1- التمليكات: وهي ما يقصد به تمليك شيء، عينا كان أو منفعة، وهي على ثلاثة أنواع:

1-1- **المعاوضات**: وهي التي يكون التمليك فيها بعوض؛ كالبيع، والإجارة، والصرف، والصلح، والقسمة، والاستصناع، والمزارعة، والمساقاة، والزواج. ونحوها مما فيه مبادلة ومعاوضة بين طرفين.

1-2- **التبرعات**: وهي التي يكون التمليك فيها بغير عوض؛ كالهبة، والصدقة، والوقف، والإعارة، وحوالة الدين.

1-3- عقود تحوي معنى التبرع ابتداء والمعاوضة انتهاء؛ كالقرض، والكفالة بأمر المدين، والهبة بشرط العوض. فالمقرض متبرع بإسعاف المقترض بالمال الذي يعوزه، والكفيل بالأمر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين، والواهب الذي يهب على شرط أخذ عوض عن هبته متبرع أيضا بما يعطي. ولكن عندما يسترد المقرض نظير ما أقرض، ويطالب الكفيل المدين بنظير ما دفع عنه، ويأخذ الواهب من الموهوب له شيئا ماقبلا لهبته، يؤول العقد وينتهي إلى معاوضة.

2- الإسقاطات: وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق، سواء ببدل أو بدون بدل.

فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض، كالطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص، والغبراء من الدين، والتنازل عن حق الشفعة.

وإن كان الإسقاط ببدل أو عوض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة، كالطلاق على مال، والعفو عن القصاص بالدية.

3- الإطلاقات: وهي إطلاق الشخص يد غيره في العمل، كالولكالة، وتولية الولاة والقضاة، والإذن للمحجور عليه بالتصرف أو للصغير المميز بالتجارة. والإيصاء: وهو أن يعهد لشخص آخر في أن يتولى شؤون أولاده القصر بعد وفاته.

4- التقييدات: وهي منع الشخص من التصرف؛ كعزل الولاة والقضاة، ونظار الوقف، والأوصياء، والقوام على المحجور عليهم، والوكلاء، وحجر الشخص عن التصرف بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر.

5- التوثيقات: وهي التي يُقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه، وهي الحوالة والكفالة والرهن.

6- الشركات: وهي التي يُقصد بها المشاركة في العمل والربح، كعقود الشركات بأنواعها، ومنها: المضاربة، والمزارعة، والمغارسة، والمساقاة.

7- الاستحفاظات: وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه، كعقد الإيداع، وبعض خصائص الوكالة.

ل – تقسيم العقود بالنظر إلى العينية وعدمها:

تنقسم العقود إلى عينية وغير عينية:

1- العقد العيني: هو الذي لابد فيه ـ لتمام انعقاده وترتيب أثره ـ من تسليم الشيء المعقود عليه عينا، وهو يشمل خمسة عقود: الهبة، والإعارة، والإيداع، والرهن، والقرض.

2- العقد غير العيني: هو الذي يتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب، ويترتب عليه اثره بدون حاجة إلى القبض، وهو يشمل جميع العقود ما عدا العقود الخمسة السابقة.

م – تقسيم العقود باعتبار اتصال الأثر وعدم اتصاله:

ينقسم العقد بحسب ترتب أثره عليه بمجرد انعقاده وعدم ترتب أثره في الحال إلى أنواع ثلاثة: منجز، ومضاف، ومعلق.

1- العقد المنجز: وهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل. وحكمه: ترتب الآثار عليه في الحال ما دام مستوفيا لأركانه وشروطه المطلوبة فيه. مثل: بعتك هذه الأرض بكذا، وقبل الآخر. يترتب على هذا البيع تحقق أثره عليه في الحال؛ وهو انتقال الملكية في العوضين.

2- العقد المضاف للمستقبل: ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل، مثل: آجرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم. وحكمه: أنه ينعقد في الحال، ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه.

3- العقد المعلق على شرط: وهو ما صدر معلقا وجوده على أمر آخر بأحد أدوات الشرط، مثل: إن سافرت فأنت وكيلي، إذا قدم فلان من سفره فقد بعتك الشيء الفلاني.

ويختلف العقد المعلق على شرط عن العقد المضاف للمستقبل؛ في أن العقد المعلق لا ينعقد إلا حين وجود الشرط المعلق عليه، أما العقد المضاف للمستقبل فهو منعقد في الحال ولكن آثاره لا يسري مفعولها إلا في المستقبل المضاف إليه.

ن – تقسيم العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه:

تصنف العقود بهذا الاعتبار ثلاثة أصناف:

1- عقود ضمان: وهي التي يعتبر المال المنتقل، بناء على تنفيذها، من يد إلى يد مضضمونا على الطرف القابض، فمهما يصبه من تلف فما دونه، ولو بآفة سماوية، يكن على مسؤوليته وحسابه.

وهذه العقود هي: البيع، القسمة، الصلح عن مال بمال، المخارجة، القرض، وإقالة هذه العقود.

2- عقود أمانة: وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه، فلا يكون القابض مسؤولا عما يصيبه من تلف فما دونه إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه. وهذه العقود هي: الإيداع، الإعارة، الشركة بأنواعها، الوكالة، الوصاية.

3- عقود مزدوجة الأثر: فتنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه.

وهذه العقود هي: الإجارة، الرهن، الصلح عن مال بمنفعة .

فالإجارة مثلا، يعتبر فيها المال أمانة في يد المستأجر، لكن منافعه المعقود على استيفائها كضكونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها، فلو ترك المأجور دون ان ينتفع به حتى مضت مدة الإجارة يكون ما فات من المنافع فائتا على حسابه، وتلزمه الأجرة التي هي قيمة تلك المنافع.

ضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة:

والمبدأ الشرعي الذي يقوم على أساسه التمييز بين عقود الضمانات وعقود الأمانات، بحسب ما يوحي به استقراء الأحكام واستنطاق عللها الفقهية، هو أن فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى المعاوضة فيه ولو نهاية ومآلا، وحينئذ يكون العقد عقد ضمان في الناحية التي تتعلق بها المعاوضة، ويكون القابض ضامنا في هذه الناحية. أما فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة، وتنفيذه بالتسليم والتسلم يجعل القابض أمينا على المال.

الشُّرُوطُ الْمُقْتَرِنَةُ بِالْعُقُود:

الْمُرادُ بالشُّرُوط الْمُقْترنة بالْعُقُود: ما يُذْكرُ بيْن الْعاقديْن، فيُقيّدُ أثر الْعقْد أوْ يُعلّقُهُ بأمْرٍ زائدٍ على أصْل الْعقْد في الْمُسْتقْبل. وهي التي تعرف بالشروط الجعلية في العقود.

وقدْ قسّم جُمْهُورُ الْفُقهاء الشّرْط الْمُقْترن بالْعقْد إلى نوْعيْن: شرْطٍ صحيحٍ، وشرْطٍ غيْر صحيحٍ.

وقسّمهُ الْحنفيّةُ إلى ثلاثة أنْواعٍ: الشّرْطُ الصّحيحُ، والشّرْطُ الْفاسدُ، والشّرْطُ الْباطلُ.

وضابطُ الشّرْط الصّحيح: هُو أنْ يكُون صفة الْقائم بمحلّ الْعقْد وقْت صُدُوره، أوْ ما يقْتضيه الْعقْدُ أوْ يُلائمُهُ - وهذا الْقدْرُ مُتّفقٌ عليْه بيْن الْفُقهاء - أوْ ما ورد في الشّرْع دليلٌ بجوازه، أوْ ما يجْري عليْه التّعامُلُ، كما أضاف فُقهاءُ الْحنفيّة: أوْ ما يُحقّقُ مصْلحةً مشْرُوعةً للْعاقد، كما قال الشّافعيّةُ والْحنابلةُ

ومنْ أمْثلة الشّرْط الصّحيح: اشْتراطُ الْقبْض في عقْد الْبيْع، أو اشْتراطُ الرّهْن أو الْكفالة بالثّمن الْمُؤجّل مثلاً.فهذا النّوْعُ وأمْثالُهُ من الشُّرُوط الصّحيحة يُمْكنُ اشْتراطُهُ في الْعقْد، ولا يضُرُّ في انْعقاده ولا في صحّته.

أمّا الشّرْطُ الْباطلُ أو الْفاسدُ فهُو: ما لا يقْتضيه الْعقْدُ، ولا يُلائمُ مُقْتضاهُ أوْ ما يُؤدّي إلى غررٍ، أو اشْتراط أمْرٍ لمْ يردْ في الشّرْع أوْ نحْوه.

ومنْ هذا النّوْع ما يُبْطلُ الْعقْد، كبيْع حيوانٍ على أنّهُ حاملٌ؛ لما فيه منْ غررٍ وكالْعقْد الْمُتضمّن على الرّبا؛ لنهْي الشّارع عنْهُ.

ومنْ هذا النّوْع أيْضًا: ما يصحُّ معهُ الْعقْدُ ويلْغُو الشّرْطُ نفْسُهُ، كما لوْ شرط أحدُ الْعاقديْن في الْمُزارعة: أنْ لا يبيع الْآخرُ نصيبهُ، أوْ يهبهُ لفُلانٍ، ففي هذه الْحالة عقْدُ الْمُزارعة صحيحٌ، والشّرْطُ باطلٌ، فيلْغُو الشّرْطُ فقطْ، كما قال الْحنفيّةُ.

آثارُ الْعقْد:

آثارُ الْعقْد هي: ما يترتّبُ على الْعقْد وما يهْدُفُ إليْه الْعاقدان، وهي الْمقْصُودُ الْأصْليُّ للْعاقديْن من انْعقاد الْعقْد بيْنهُما.

وتخْتلفُ هذه الْآثارُ حسْب اخْتلاف الْعُقُود.

ففي عُقُود الْملْكيّة الّتي تردُ على الْأعْيان - كالْبيْع والْهبة والْقرْض - أثّر الْعقْدُ نقْل الْملْكيّة منْ عاقدٍ إلى آخر إذا اسْتوْفتْ أرْكانها وشُرُوطها، سواءٌ أكان بعوضٍ - كما في عقْد الْبيْع فإنّهُ ينْقُلُ ملْكيّة الْمبيع إلى الْمُشْتري، وملْكيّة الثّمن إلى الْبائع - أوْ بغيْر عوضٍ كما في عقْد الْهبة، وكما في عقْد الْوصيّة بعْد وفاة الْمُوصي بقبُول الْمُوصى لهُ أوْ بمُجرّد الْوفاة، على تفْصيلٍ وخلافٍ عنْد الْفُقهاء.

وفي عُقُود الْمنْفعة أثّر الْعقْدُ نقْل الْمنْفعة أوْ إباحة الانْتفاع من الْمعْقُود عليْه بعوضٍ كما في عقْد الْإجارة، أوْ بغيْر عوضٍ كما في عقْدي الْإعارة والْوصيّة.

وفي عُقُود التّوْثيق كعقْد الْكفالة والرّهْن أثّر الْعقْدُ توْثيق الدّيْن باشْتراك ذمّةٍ جديدةٍ مع ذمّة الْمدين، أوْ حبْس الرّهْن حتّى يُؤدّى الدّيْنُ.وفي عقْد الْحوالة: بنقْل الدّيْن منْ ذمّة الْمدين إلى شخْصٍ ثالثٍ.

وفي عُقُود الْعمل: حقُّ التّصرُّف في الْمعْقُود عليْه بالْعمل فيه، كما في عقْد الْمُضاربة وعُقُود الشّركة، وكما في عقْدي الْمُزارعة والْمُساقاة ونحْوهما.

وفي عقْد الْإيداع: حفْظُ الْوديعة بيد الْوديع.

وفي عقْد النّكاح: حلُّ اسْتمْتاع كُلٍّ من الزّوْجيْن بالْآخر.

وهكذا في كُلّ عقْدٍ يُعْقدُ لغرضٍ من الْأغْراض الْمشْرُوعة.

انْتهاءُ الْعقْد وأسْبابُهُ:

انْتهاءُ الْعقْد إمّا أنْ يكُون اخْتياريًّا أوْ يكُون ضرُوريًّا:

والْأوّلُ: إمّا أنْ يكُون بإرادة عاقدٍ واحدٍ أوْ بإرادة كليْهما، فإذا كان بإرادة أحد الْعاقديْن يُسمّى في اصْطلاح الْفُقهاء فسْخًا، وإذا كان برضا كلا الْعاقديْن يُسمّى إقالةً.

والثّاني، أي الانْتهاءُ الضّرُوريُّ: إمّا أنْ يكُون في الْعُقُود الْمُؤقّتة، كالإجارة والإعارة والْوكالة ونحْوها، أوْ يكُون في الْعُقُود الْمُطْلقة، كالرّهْن والنّكاح والْبيْع ونحْوها، ويُسمّى الانْتهاءُ في هذه الصُّورة انْفساخًا. ولكُلّ هذه الصُّور أسْبابٌ وأحْكامٌ نُجْملُها فيما يلي:

أوّلاً - الأسْبابُ الاخْتياريّةُ لانْتهاء الْعقْد:

أ - الْفسْخُ: الْفسْخُ حلُّ ارْتباط الْعقْد ورفْعُ حُكْمه بالإرادة ويكُونُ في الْعُقُود غيْر اللاّزمة بطبيعتها، كعقْد الْوكالة والْوديعة والشّركة ونحْوها اتّفاقًا، وكذا عقْدُ الإعارة الْمُطْلقة عنْد جُمْهُور الْفُقهاء، أوْ بشرْط أنْ لا تكُون مُقيّدةً بعملٍ أوْ أجلٍ عنْد الْمالكيّة، فهذه الْعُقُودُ يُمْكنُ إنْهاؤُها بالْفسْخ بإرادة كُلٍّ من الْعاقديْن مع مُراعاة عدم الضّرر، وكذا الْعُقُودُ اللاّزمةُ كعقْد الْبيْع والإجارة وغيْرهما إذا كان فيها خيارٌ لكُلٍّ من الطّرفيْن أوْ أحدهما، فتُفْسخُ بإرادة منْ لهُ الْخيارُ.

ب – الإقالةُ: الإقالةُ رفْعُ الْعقْد وإلْغاءُ حُكْمه وآثاره بتراضي الطّرفيْن ومحلُّ الإقالة الْعُقُودُ اللاّزمةُ من الطّرفيْن ممّا يقْبلُ الْفسْخ بالْخيار؛ لأنّ هذه الْعُقُود لا يُمْكنُ فسْخُها إلاّ بإرادة الطّرفيْن واتّفاق الْمُتعاقديْن، وعلى ذلك فإنّ الإقالة تصحُّ في عُقُود الْبيْع والْمُضاربة، والإجارة والرّهْن (بالنّسْبة للرّاهن) والسّلم والصُّلْح وهي عُقُودٌ لازمةٌ.

ولا تصحُّ الإقالةُ في الْعُقُود غيْر اللاّزمة كالإعارة والْوصيّة، والْجعالة أو الْعُقُود اللاّزمة الّتي لا تقْبلُ الْفسْخ بالْخيار كالْوقْف والنّكاح.

ج - انْتهاءُ الْمُدّة الْمُعيّنة أو الْعمل الْمُعيّن: تنْتهي بعْضُ الْعُقُود بانْتهاء مُدّتها الْمُقرّرة لها باتّفاق الطّرفيْن، أوْ بانْتهاء الْعمل الّذي عُقد الْعقْدُ لأجْله.

فعقْدُ الإجارة الْمُقيّدُ بمُدّةٍ ينْتهي بانْتهاء الْمُدّة باتّفاق الْفُقهاء كالدّار للسُّكْنى أو الأرْض للزّراعة، إلاّ إذا وُجد عُذْرٌ يقْتضي امْتداد الْمُدّة، كأنْ يكُون في الأرْض زرْعٌ لمْ يُحْصدْ، أوْ كانتْ سفينةٌ في الْبحْر وانْقضت الْمُدّةُ قبْل وُصُولها إلى السّاحل. كما تنْقضي الإجارةُ لعملٍ مُعيّنٍ بانْتهاء الْعمل الْمعْقُود عليْه في إجارة الأشْخاص، كالْحمّال والْقصّار والْخيّاط إذا أنْهوْا الْعمل.

وكذلك عقْدُ الْوكالة الْمُقيّدة لإجْراء عملٍ مُعيّنٍ، فإنّها تنْتهي بانْتهاء الْعمل الْمُفوّض للْوكيل.

ثانيًا – الأسْبابُ الضرورية لانتهاء الْعقْد:

أ - هلاكُ الْمعْقُود عليْه: اتّفق الْفُقهاءُ على أنّ تلف الْمعْقُود عليْه سببٌ لانْتهاء بعْض الْعُقُود، وذلك لتعذُّر دوام الْعقْد، فإذا تلفت الدّابّةُ الْمُسْتأْجرةُ، أو انْهدمت الدّارُ الْمُسْتأْجرةُ للسُّكْنى انْفسخت الإجارةُ.وكذلك إذا تلفت الْعيْنُ الْمُعارةُ أو الْمُودعةُ في عقْدي الْعاريّة والإيداع، أوْ تلف رأْسُ الْمال في عقْدي الشّركة (شركة الأمْوال أو الْمُضاربة) كما هُو مُفصّلٌ في الْمُصْطلحات الْخاصّة بكُلّ عقْدٍ منْ هذه الْعُقُود.

وهذا السّببُ يُؤثّرُ في الْعُقُود الْمُسْتمرّة الّتي تدُومُ آثارُها بدوام الْمحلّ، أمّا ما يظْهرُ أثرُهُ فوْرًا - كعقْد الْبيْع مثلاً - فلا يُؤثّرُ فيه هلاكُ الْمعْقُود عليْه (الْمبيع) بعْد قبْض الْبدليْن.

أمّا قبْل قبْض الْمبيع، فقد اخْتلف الْفُقهاءُ في أثر هلاك الْمبيع في انْفساخ الْبيْع: فقال الْحنفيّةُ والشّافعيّةُ بانْفساخه مع تفْصيلٍ عنْدهُمْ.

أمّا الْمالكيّةُ فقالُوا: إذا كان الْمبيعُ ممّا فيه حقُّ توْفيةٍ لمُشْتريه - وهُو الْمالُ الْمثْليُّ منْ مكيلٍ أوْ موْزُونٍ أوْ معْدُودٍ - ينْفسخُ الْعقْدُ بالتّلف والضّمانُ على الْبائع، أمّا إذا كان الْمبيعُ مُعيّنًا وعقارًا أوْ من الأمْوال الْقيميّة فلا ينْفسخُ الْعقْدُ بالتّلف، وينْتقلُ الضّمانُ إلى الْمُشْتري بالْعقْد الصّحيح اللاّزم ومثْلُهُ عنْد الْحنابلة.

ب - وفاةُ أحد الْعاقديْن أوْ كليْهما: وفاةُ أحد الْعاقديْن أوْ كليْهما لا تُؤثّرُ في الْعُقُود اللاّزمة في الْجُمْلة، ما عدا عقْد الإجارة عنْد الْحنفيّة، فإنّهُمْ يقُولُون: تنْفسخُ الإجارةُ بوفاة الْمُؤجّر أو الْمُسْتأْجر؛ لأنّ الْمنافع ليْستْ أمْوالاً موْجُودةً حين الْعقْد، وتحْدُثُ شيْئًا فشيْئًا، فإذا أبْقيْنا عقْد الإجارة بعْد الْوفاة فالْمُسْتأْجرُ أوْ ورثتُهُ ينْتفعان من الْعيْن الْمُنْتقلة ملْكيّتُها بوفاة الْمُؤجّر إلى الْورثة، والْمنافعُ الْمُسْتحْدثةُ لمْ تكُنْ موْجُودةً حين الْوفاة حتّى تنْتقل إلى ورثة الْمُسْتأْجر.

وذهب جُمْهُورُ الْفُقهاء إلى أنّ الْموْت لا يُؤثّرُ في انْتهاء عقْد الإجارة إذا كانتْ مُدّتُها باقيةً؛ لأنّ الْمنافع أمْوالٌ يُقدّرُ وُجُودُها حين الْعقْد، فانْتقلتْ إلى الْمُسْتأْجر بالْعقْد.

أمّا الْعُقُودُ غيْرُ اللاّزمة - كالْوكالة والإعارة والْوديعة ونحْوها - فتنْفسخُ في الْجُمْلة وتنْتهي بوفاة أحد الْعاقديْن أوْ كليْهما؛ لأنّها عُقُودٌ تنْفسخُ بإرادة أحد الطّرفيْن في حياتهما وتسْتمرُّ بإرادتهما، فإذا تُوفّي الْعاقدُ فقدْ بطلتْ إرادتُهُ وانْتهتْ رغْبتُهُ، فبطلتْ آثارُ هذه الْعُقُود الّتي كانتْ تسْتمرُّ باسْتمْرار إرادة الْعاقديْن.

ج - غصْبُ الْمعْقُود عليْه: غصْبُ محلّ بعْض الْعُقُود يُوجبُ انْفساخها، ففي عقْد الإجارة قال الشّافعيّةُ والْحنابلةُ: إنْ غُصبت الْعيْنُ الْمُسْتأْجرةُ فللْمُسْتأْجر الْفسْخُ؛ لأنّ فيه تأْخير حقّه، فإنْ فسخ فالْحُكْمُ فيه كما لو انْفسخ الْعقْدُ بتلف الْعيْن، وإنْ لمْ يفْسخْ حتّى انْقضتْ مُدّةُ الإجارة فلهُ الْخيارُ بيْن الْفسْخ والرُّجُوع بالْمُسمّى، وبيْن الْبقاء على الْعقْد ومُطالبة الْغاصب بأجْر الْمثْل.

وقال الْحنفيّةُ: لوْ غُصبت الْعيْنُ الْمُسْتأْجرةُ منْ يد الْمُسْتأْجر سقط الأجْرُ كُلُّهُ فيما إذا غُصبتْ في جميع الْمُدّة، وإنْ غُصبتْ في بعْضها سقط بحسابها، وذلك لزوال التّمكُّن من الانْتفاع بالْعيْن الْمُسْتأْجرة، وتنْفسخُ الإجارةُ بالْغصْب في الْمشْهُور عنْد الْحنفيّة، خلافًا لبعْضهمْ.

وألْحق الْمالكيّةُ الْغصْب بتعذُّر الاسْتيفاء من الْمعْقُود عليْه، فحكمُوا بانْفساخ الْعقْد به، وصرّحُوا بأنّ الإجارة تنْفسخُ بتعذُّر ما يُسْتوْفى منْهُ الْمنْفعةُ، والتّعذُّرُ أعمُّ من التّلف، فيشْملُ الضّياع والْمرض والْغصْب وغلْق الْحوانيت قهْرًا وغيْر ذلك.

د - أسْبابٌ أُخْرى يُفْسخُ بها الْعقْدُ أوْ ينْتهي: ذكر بعْضُ الْفُقهاء منْ أسْباب فسْخ الْعقْد أو انْتهائه الاسْتحْقاق، فقدْ ذكر الْمالكيّةُ والشّافعيّةُ والْحنابلةُ أنّ الْمبيع إذا اسْتُحقّ للْغيْر بالْبيّنة أوْ بإقْرار الْمُشْتري فإنّ الْبيْع ينْفسخُ وينْتهي حُكْمُهُ وقال الْحنفيّةُ: إنّ الْحُكْم بالاسْتحْقاق لا يُوجبُ فسْخ الْعقْد، بلْ يُوجبُ توقُّفهُ على إجازة الْمُسْتحقّ، فإنْ أجاز وإلاّ ينْفسخُ ويسْتردُّ الْمُشْتري الثّمن من الْبائع.

مراجع للاستزادة

1- أقسام العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير نوقشت بكلية الشريعة والدراسات الإسلامي في جامعة أم القرى، مكة المكرمة، من إعداد: حنان بنت محمد حسين جستنية، 1418هـ، 1998م.

2- الالتزامات في الشرع الإسلامي، للشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله، المكتبة الأزهرية للتراث ـ القاهرة، ط1، 1434هـ، 2013م.

3- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى رحمه الله، دار الفكر العربي ـ القاهرة، 1998م.

4- انفساخ العقد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير نوقشت في جامعة النجاح الوطنية ـ فلسطين، إعداد: منار عمر حامد الصدر، 1424هـ، 2003م.

5- تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، للدكتور بدران أبو العينين بدران، دار النهضة العربية، بيروت، بدون تاريخ.

6- التنظير الفقهي، للدكتور جمال الدين عطية، مطبعة المدينة ـ الدوحة (قطر)، 1407هـ، 1987م.

7- الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، للشيخ علي الخفيف رحمه الله، دار الفكر العربي ـ القاهرة، 1431هـ، 2010م.

8- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور محمد فتحي الدريني رحمه الله، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط3، 1404هـ، 1984م.

9- الصياغة الفقهية في العصر الحديث، للدكتور هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي، دار التدمرية ـ الرياض (السعودية)، ط1، 1433هـ، 2012م.

10- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور عدنان خالد تركماني، دار الشروق ـ جدة (السعودية)، ط1، 1401هـ، 1981م.

11- العقد في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، للدكتور عباس حسني محمد، منشورات الألوكة، ط1، 1413هـ، 1993م.

12- العقود والشروط والخيارات، بحث للشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله، في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 1، 1934م، الصفحات: 641-722.

13- الفقه الإسلامي وأدلته، للشيخ الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله، المجلد 4، دار الفكر ـ دمشق، ط4، 1418هـ، 1997م.

14- المال والملكية في الفقه الإسلامي، للدكتورة نشوة العلواني، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط1، 1426هـ، 2005م.

15- المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى أحمد الزرقا رحمه الله، دار القلم ـ دمشق، ط2، 1425هـ، 2004م.

16- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد الكريم زيدان، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، بدون تاريخ.

17- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، للدكتور حسين حامد حسان، مكتبة المتنبي ـ القاهرة، 1978م.

18- المدخل في الفقه الإسلامي: تعريفه وتاريخه ومذاهبه ونظرية الملكية والعقد، للشيخ محمد مصطفى شلبي رحمه الله، الدار الجامعية ـ بيروت، ط10، 1405هـ، 1985م.

19- معالم نظرية الحق لدى فقهاء الشريعة، بحث للدكتور بلحاج العربي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض (السعودية)، العدد 25، شوال 1410هـ.

20- مفهوم النظرية الفقهية وتاريخها، للدكتور عبد الحق حميش، دار قرطبة ـ الجزائر، ط1، 1432هـ، 2011م.

21- الملكية في الشريعة الإسلامية، للشيخ علي الخفيف رحمه الله، دار الفكر العربي ـ القاهرة، 1416هـ، 1996م.

22- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله، دار الفكر العربي ـ القاهرة، بدون تاريخ.

23- الموسوعة الفقهية، إصدار: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ـ الكويت، 45 مجلدا، 1420هـ، 2000م.

24- المؤيدات التشريعية، للدكتور عبد العزيز عزت الخياط، دار السلام، القاهرة، 1986م.

25- النظريات العامة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد رأفت عثمان والدكتور رمضان الشرنباصي، دار القلم ـ دبي، 1406هـ، 1986م.

26- النظريات الفقهية، للدكتور محمد فتحي الدريني رحمه الله، منشورات جامعة دمشق، ط2، 1416هـ، 1996م.

27- النظريات الفقهية، للدكتور محمد الزحيلي، دار القلم ـ دمشق، ط1، 1414هـ، 1993م.

28- نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، للشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم ـ دمشق، ط1، 1420هـ، 1999م

29- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط4، 1408هـ، 1988م.

30- نظرية الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور أحمد محمود الخولي، دار السلام ـ القاهرة، ط1، 1423هـ، 2003م.

31- النظرية العامة والنظام الفقهي، أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية المنعقدة في مسقط بسلطنة عُمان، خلال 15-18 جمادى الأولى 1433هـ/ 7-10 أبريل 2012م، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بسلطنة عُمان، ط1، 1434هـ، 2013م.

32- نظرية العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور هشام قريسة، دار ابن حزم ـ بيروت، ط1، 2008م.

33- نظرية العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور عصمت عبد المجيد بكر، دار الكتب العلمية ـ بيروت، 2009م.

34- نظرية العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الفتاح محمود إدريس، ط1، 2007م.

35- نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، للأستاذ محمد سلامة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية، 1414هـ، 1994م.

36- شرح النظريات الفقهية، للشيخ سعد بن ناصر الشثري، نسخة إلكترونية pdf.

فهرس الموضوعات